Die gewollte Tarifunfähigkeit

zugleich ein Beitrag zur Lehre vom materiellen und formellen Recht

---

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Kurt Kronheim
Referendar in Berlin

1928

Gebrüder Hoffmann, Charlottenburg, Schillerstr. 44.

Seite

IV. Die Tarifplicht 46
A. Betroffene 46
B. Wesen 47
C. Inhalt 49
D. Ausübung 51
E. Durchsetzung 51

V. Die Bedeutung der Klausel 52
A. Als Tarifunwilligkeit 52
B. Hinweis auf Aufgabenkreis 52
C. Weisung an Organe 53
D. Beschränkung der Vertretungsmacht 53

Schluß: Ergebnis 54
Literatur 55

Vorwort.

Die gewollte Tarifunfähigkeit ist aus sachlichen und methodischen Erwägungen einer genaueren Untersuchung würdig, trotzdem sie mittlerweise zu den meistbehandelten Fragen[1] des Arbeitsrechtes gehört:

Die Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne, der Anerkennung oder Verneinung ihrer Zulässigkeit, berührt so wichtige und miteinander ringende Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, daß sich ihre rechtliche, wissenschaftliche Erörterung vielfach von politischen Momenten nicht ganz freimachen konnte[2],[3]. So wird den Befürwortern der gewollten Tarifunfähigkeit die Absicht unterstellt, durch ihre Lehre einen „kalten" Abbau des gesamten, unbequemen Tarifrechtes mit seinen Zwangstarifen zu erstreben[4], während ihren Gegnern Sozialisierung des Arbeitsmarktes vorgeworfen wird[5]. Jedenfalls würde die Anerkennung der gewollten Tarifunfähigkeit sachlich eine nicht unerhebliche Einschränkung der arbeitsrechtlichen Neuerungen[6] bedeuten, die das neue Arbeitsrecht gegenüber der Vorkriegszeit auszeichnen. Daher kann man — politisch gesehen — den Kampf gegen den Zwangstarif mit dem für die Abdingbarkeit tariflicher Lohn- oder

---

1. Vgl. das Literaturverzeichnis.

2. Vgl. Groh, Arch. d. öffentl. Rechts. 27, 291.

3. So sieht der Geschäftsbericht der Vereinig. d. A. G. Verbände von 1927, sicherlich zu Unrecht, die Zulässigkeit in der Literatur als überwiegend bejaht an, ohne Zweifel, weil den Blick des Beurteilers außersachliche Momente beeinflußten.

4. Vgl. z. B. Horbad, G. d. A. 25, 377.

5. Vgl. Meissinger, der Arbeitgeber, 24, S. 19.

6. Mag man sie je nach seiner Stellungnahme als Errungenschaften oder Mißbildungen werten.

Arbeitszeit-Regelung[7] auf die gleiche Stufe stellen, als Ausdrucksformen des Bestrebens, jene Neuerungen des Arbeitsrechtes zu beseitigen oder ihrer wesentlichsten Wirkungen zu entkleiden.

Ferner verleihen methodische Erwägungen der rechtlichen Behandlung der gewollten Tarifunfähigkeit ein besonderes Interesse: denn ihre Lösung läßt sich m. E. nur durch ein kurzes Eingehen auf die grundsätzlichen Fragen des Zusammenhanges und des Gegensatzes von materiellem und formellen Recht erzielen. So gibt die gewollte Tarifunfähigkeit willkommenen Anlaß, jene allgemeinen Lehren auf einem Gebiete anzuwenden und an ihm durchzuführen, auf dem ihre Brauchbarkeit bisher noch nicht erprobt wurde. —

Das umfangreiche Material an Schrifttum und Entscheidungen[8] ist bis zum 1. 1. 1928 verfolgt worden. Durch besondere Liebenswürdigkeit des Herrn Prof. Dr. Walter Kaskel war es mir dabei möglich, die Druckbogen der demnächst erscheinenden dritten Auflage seines „Arbeitsrechts" zu benutzen, wofür ich ihm auch an dieser Stelle meinen Dank ausspreche.

---

7. Vgl. über den „Landbundtarif" vom November 1922, als Versuch, die Unabdingbarkeitswirkung der Tarifverträge zu umgehen, Nipperdey, Rechtsprechung, S. 22 ff.

8. Vgl. das Literaturverzeichnis.

Einleitung.

Die Problemstellung.

Die gewollte Tarifunfähigkeit ist der Versuch einer Arbeitgebervereinigung[1], den Abschluß eines Tarifvertrages mit dem „zuständigen“[2] Arbeitnehmer-Verband der Arbeiter oder Angestellten zu weigern und sich einem auf Anruf der Gegenpartei oder von Amtswegen eingeleiteten Schlichtungsverfahren und damit einem Zwangstarif zu entziehen. Dazu nimmt die Vereinigung in ihre Satzung bei der Gründung oder nachträglich die Klausel auf, daß die Vereinigung zum Abschluß von Tarifverträgen überhaupt oder in bestimmter Begrenzung[3] nicht berechtigt sei. Unter Hinweis auf diese Satzungsbestimmung weigert die Vereinigung die Einlassung in das Schlichtungsverfahren und die Anerkennung eines gleichwohl ergangenen Zwangstarifes: er müsse unwirksam sein, da die Vereinigung keine Tarifverträge schließen könne.

Die Untersuchung, ob und inwieweit diese Klausel einen Zwangstarif ausschließe[4], hat daher zunächst die allgemeinen Voraussetzungen eines Zwangstarifes festzustellen. Jedoch darf sie sich nicht, wie bisher ihre meisten Bearbeiter, hiermit begnügen; es bleibt der Nachweis zu führen, daß der Abschluß eines Tarifvertrages zwischen diesen Parteien nicht nur erfolgen *konnte*, sondern erfolgen *mußte*, d. h. daß die streitenden Parteien materiell zum Tarifabschluß verpflichtet waren. So ist zunächst im ersten Hauptteil die Lehre von den allgemeinen Voraussetzungen

1. Eine Arbeitnehmervereinigung hat, soweit bekannt, den Versuch bislang nicht gemacht; er würde entsprechend zu beurteilen sein.

2. S. u. erster Hauptteil zu IV.

3. Nach bestimmten Arbeitnehmerkategorien (Arbeiter, Angestellte) oder inhaltlich begrenzt (Mantelvertrag, Lohntarif).

4. Bei freiwilligem Tarifabschluß wird die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit kaum aufgeworfen werden; über die Bedeutung der Unfähigkeitsklausel bei freiwilligem Abschluß s. u. zweiter Hauptteil zu V.

eines Tarifvertrages darzustellen und dabei die h. M. über die Wirkungen der Unfähigkeitsklausel auf den Tarifvertragsabschluß darzulegen. Der zweite Hauptteil hat den m. E. darüber hinaus nötigen Beweis für eine Pflicht zum Tarifvertragsabschluß zu führen, der in unserem Fall nur durch die Ableitung materiellen Rechtes aus formellen Verfahrensnormen erbracht werden kann; dabei ist die wahre Bedeutung der Unfähigkeitsklausel darzustellen.

Erster Hauptteil.

Die Voraussetzungen eines Tarifvertrages und die Tarifunfähigkeitsklausel.

Die allgemeinen Voraussetzungen eines wirksamen Tarifvertragsabschlusses werden herkömmlich, soweit seine Parteien in Frage stehen, als Tariffähigkeit und Tarifberechtigung gefaßt. Dazu kommen die umstrittenen Begriffe der Tarifwilligkeit und Tarifzuständigkeit. Ihre Abhandlung kann sich dort auf die Hervorhebung des Wesentlichsten beschränken, wo sie mit der h. M. übereinstimmt.

I. Die Tariffähigkeit.

Die Tariffähigkeit als die Fähigkeit, einen Tarifvertrag mit der ihm eigentümlichen Wirkung der Unabdingbarkeit schließen zu können,[1] besteht im heutigen Sinne seit der Tarifverordnung vom 23. 12. 18., die die Tarifverträge aus den rein schuldrechtlichen Verträgen hervorhob. Daher ist Wesen und Voraussetzungen der Tarifverträge aus den allgemeinen Tarifrechtsquellen in Verbindung mit wissenschaftlicher Ueberlegung zu entnehmen. Zu scheiden ist dabei zwischen der Tariffähigkeit selber als einer Eigenschaft einerseits und den Voraussetzungen ihrer Trägerschaft andererseits.

A. Wesen der Tariffähigkeit.

1. Die Tariffähigkeit ist die Eigenschaft, die Rechte und Pflichten eines Tarifvertrages tragen, autonome Arbeitsvertragsnormen setzen zu können. Sie muß als die Rechtsfähigkeit des

1. Vgl. z. B. Kaskel[3], S. 24.

Tarifrechtes[2] und damit als eine besondere Ausgestaltung der allgemeinen Rechtsfähigkeit angesehen werden[3]. Sie ist nicht mit jener gegeben[4], auch nicht von ihr abhängig[5].

2. Sie beruht, wie die Rechtsfähigkeit überhaupt, auf der Rechtsordnung, die sie gewissen Wesen unter gewissen Voraussetzungen verleiht. Als gesetzlich verliehene Eigenschaft ist sie jeder privaten, selbständigen Beschränkung durch ihre Träger entzogen, die sie nicht abändern oder aufgeben können[6]. Auch Vereinigungen können die ihnen einmal verliehene Tariffähigkeit wie die allgemeine Rechtsfähigkeit nicht einschränken[7], sie können nur, wie natürliche Personen auch, die Voraussetzungen der Rechts- und Tariffähigkeit wegfallen lassen[8]. Aus diesen Grundtatsachen des Begriffes einer gesetzlichen Eigenschaft folgt die für unser Problem wichtige Erkenntnis, daß die Tariffähigkeit nicht durch Willensakte beeinflußt werden kann, solange und soweit nicht die Tatsachen geändert werden, an die als Voraussetzungen das Gesetz sie geknüpft hat.

3. Wenig bedeutungsvoll ist ihre Zurechnung zum privaten oder öffentlichen Recht. Die h. M. weist sie, wie den Tarifvertrag überhaupt, dem öffentlichen Rechte zu[9], da sie die Voraussetzung öffentlichrechtlicher Aufgaben für ihre Träger bilde[10]. Dabei übersieht sie, daß auch eine privatrechtliche Eigenschaft die

---

2. Vgl. Kaskel[3], S. 24 A. A. vor allem Gerber, Gutachten und D. Kf. in W. u. R. 26, 539, der sie als Geschäftsfähigkeit ansieht; m. E. zu Unrecht: die Geschäftsfähigkeit als die Fähigkeit, rechtswirksame Willenserklärungen abgeben zu können (von Tuhr II, 1, S. 334) setzt notwendig eine Rechtsfähigkeit voraus, um nicht haltlos in der Luft zu schweben. Gegen Gerber auch Hueck JW. 27, 231, eingehend Jacobi, S. 157, Anm. 7.

3. Als Handlungsfähigkeit (Fögen S. 72) ist die Tariffähigkeit besser nicht zu bezeichnen, da es bei Vereinigungen keine von der Rechtsfähigkeit getrennte Handlungsfähigkeit gibt. Vgl. Erdel JW. 27 239.

4. Wer rechtsfähig ist, ist nicht schon deswegen tariffähig.

5. Auch nicht rechtsfähige Vereine (Gewerkschaften) sind tariffähig.

6. Ebenso wenig wie das geltende Recht Sklaverei oder Klostertod als Beschränkungen der Rechtsfähigkeit kennt.

7. Zu Unrecht a. A. Nipperdey, Beiträge S. 11, ohne Begründung.

8. Der Verein beendet freiwillig sein rechtliches, die physische Person ihr natürliches Leben.

9. RG. in NZ. f. Ar. 24, 306; RGZ. 114, S. 24.

10. Kaskel, 2. Aufl. S. 16.

Voraussetzung öffentlichrechtlicher Pflichten sein kann[11]. Daher ist sie m. E., wie die Rechtsfähigkeit überhaupt, dem Privatrecht zuzurechnen[12].

B. Die Voraussetzungen der Tariffähigkeitsträgerschaft.

Die Voraussetzungen, die eine Vereinigung[13] erfüllen muß, um kraft Gesetzes die Eigenschaft der Tariffähigkeit zu erhalten, müssen der Tarif- und Schlichtungsverordnung durch wissenschaftliche Ueberlegung entnommen werden, die ihre objektiven Merkmale ergibt[14]. So spricht § 1 TVO. von Vereinigungen von Arbeitgebern, die § 1 SchlVO. als wirtschaftliche Vereinigungen näher charakterisiert. Hierin liegen im einzelnen folgende Merkmale:

1. Die Arbeitgeber müssen sich organisatorisch irgendwie[15] vereinigt haben und so ein neues Subjekt des Arbeitsrechtes bilden. Die Rechtsform der Organisation ist belanglos[16], ebenso die Art ihrer Entstehung[17]. Entscheidend ist allein, daß die Einzelarbeitgeber durch ihren Zusammenschluß eine organisierte Macht auf dem Arbeitsmarkte[18] bilden, ähnlich wie im Kartellrecht jede den Markt beherrschende Organisation ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform der Kartellaufsicht untersteht[19]. Daher braucht die Vereinigung nur insoweit durchorganisiert und auf Dauer angelegt zu sein, daß sie für die Laufzeit des Tarifvertrages ihre Pflichten aus ihm erfüllen kann[20].

---

11. Vgl. §§ 1780 ff. BGB. (Vormund).

12. Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 163, Rosenstock, Industrierecht, S. 79/80, Hueck, JW. 27, S. 231.

13. Nur bei Vereinigungen ist die Tariffähigkeit bestritten worden.

14. Dabei herrscht heute in den wesentlichen Punkten der Sache nach weitgehende Uebereinstimmung; sie können daher kurz abgehandelt werden.

15. U. U. auch nur ausschließlich konkludent beim Tarifvertragsabschluß. Rosenstock, Industrierecht S. 87 Anm. 17.

16. Auch nichtrechtsfähige Vereinigungen sind tariffähig. RGZ. 111, 365.

17. Durch privaten Willensakt oder geesetzlichen Zwang, z. B. Zwangsinnung, RGZ. 113, 169; Unfallberufsgenossenschaft RG. 114, 22 und 112.

18. Vgl. Rosenstock, Industrierecht S. 186.

19. Vgl. Kartellverordnung § 1, Rosenstock S. 99.

20. Kaskel, 3. Aufl., S. 26.

2. Die Vereinigung muß rein aus Arbeitgebern[21] gebildet sein; dabei brauchen nicht alle Mitglieder des Verbandes gerade zur Zeit des Vertragsschlusses Arbeitnehmer zu beschäftigen, es genügt, daß sie potentielle Arbeitgeber sind[22]. Die Verbände müssen ihrem sozialen Gegner gegenüber unabhängig sein; denn nur der kann einen Tarifvertrag, d. h. ein Arbeitsfriedenabkommen, schließen, der in der Lage ist, einen Arbeitskampf zu führen[23].

3. Die Arbeitgeber müssen sich endlich zu einer „wirtschaftlichen Vereinigung" zusammengeschlossen haben.

a) Hierin liegt[24], daß die Vereinigung sich mit Arbeitgeberfragen befassen muß, daß die Arbeitgeber sich also gerade in dieser ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber zu gemeinsamem Auftreten zusammengeschlossen haben, nicht etwa, um als wirtschaftliche Unternehmer ihre gemeinsamen Interessen gegenüber Abnehmern und Lieferanten (Kartelle) oder gegenüber dem Staate zu vertreten (wirtschaftliche Verbände im engeren Sinne). Wie in § 8 und 31 des Betriebsrätegesetzes will der Gesetzgeber unter der fehlerhaften Bezeichnung „wirtschaftliche Vereinigung" die wirtschaftlichen Organisationen, d. h. die Berufsvereine der Arbeitgeber und -nehmer erfassen, wie es § 10 des Hilfsdienstgesetzes formulierte[25], also die Gewerkschaften einerseits, die eigentlichen Arbeitgeberverbände andererseits. Mithin muß die Vereinigung bezwecken, gemeinsam Arbeitgeber (oder Arbeitnehmer)-fragen zu behandeln; aber nicht als Studienobjekt nach Art einer wissenschaftlichen Gesellschaft, sondern als Arbeitgeber, d. h. um[26] in jene Fragen handelnd einzugreifen. Die Art des Eingreifens ergibt sich aus dem Zweck eines Tarifvertrages als die „Einflußnahme auf die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen"[27]. Zu Unrecht werden Arbeitgeberverbände als „wirt-

---

21. Zu denen Arbeitgeberverbände nicht gehören.

22. RGZ. 107, 146; 115, 177; JW. 28, 104; NZ. f. Ar. 27, 706.

23. Vgl. Jacobi S. 159, Kaskel, 3. Aufl. S. 26.

24. Nach jetzt im wesentlichen übereinstimmender Meinung. Vgl. RGZ. 111, 354; 114. 22 und 112; 115, 177; 117, 415; JW. 28, 104.

25. Vgl. § 46 des Entwurfes des Betriebsrätegesetzes, Drucksachen der Nationalversammlung Nr. 928.

26. Ausschließlich oder neben anderen Zwecken. Vgl. RG. JW. 28, S. 104.

27. So das RG. in den Anm. 24 genannten Urteilen.

schaftliche Vereinigungen der Arbeitgeber" im Sinne des § 1 TVO. anerkannt, die sich mit irgendwelchen anderen Fragen befassen[28].

b) Umstritten war die Frage, wie sich im Einzelfall für eine Vereinigung die Einflußnahme auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse als Verbandszweck verkörpern muß. Jetzt ist nahezu einhellig anerkannt[29], daß der Zweck aus der Gesamtsachlage, also aus den verschiedenartigsten Momenten gefolgert werden muß. Wichtige Anhaltspunkte für den Umfang der Verbandsaufgaben bietet das frühere Verhalten der Vereinigung gegenüber den entsprechenden Arbeitnehmerverbänden[30]. Ein gesetzlich zugewiesener Aufgabenkreis macht sie besonders leicht erkenntlich[31]. Dem entspricht bei freiwillig gebildeten Vereinigungen die ausdrückliche Aufnahme in die Satzung als Verbandszweck. Notwendig ist die Aufnahme in die Satzung keineswegs, sie kann auch durch Auslegung der unvollkommen gefaßten Satzung[32] entnommen werden, oder durch Verbandsübung nachträglich Verbandszweck geworden sein[33]. Nicht erforderlich ist, daß sich die Vereinigung die Regelung der Arbeitsbedingungen gerade im Wege des Tarifvertrages zur Aufgabe gemacht hat. Es genügt, wenn sie indirekt die Arbeitgeberinteressen ihrer Mitglieder bei der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen wahren will; Beispiele sind das Gewähren von Streikunterstützung, die Aufstellung von Besoldungsrichtlinien[34], die Verpflichtung zu einheitlichem Vorgehen durch Verbandsbeschlüsse[35] usw. Die Grenze

28. So Kaskel, NZ. f. AR. 26, S. 1, der ihr nur die „materielle Tarifberechtigung" absprach. Jetzt wie oben dritte Auflage, S. 25. Vgl. ferner Fögen, S. 75.

29. Namentlich nach dem RG. Urteil 111, 354.

30. Vgl. RG. NZ. f. AR. 27, 306.

31. Für die Zwangsinnung vgl. § 81a 2 Gewerbe-Ordnung Jacobi, S. 173, Anm. 53.

32. Eine solche erweiternde Auslegung einer Vorkriegssatzung in RG. JW. 28, 104.

33. Höniger, NZ. f. AR. 27, 593.

34. RG. in JW. 28, 104.

35. Vgl. Kaskel, NZ. f. AR. 26, 1; Jacobi, S. 166, Anm. 29.. Sinzheimer S. 255.

gegenüber Verbänden mit anderen Aufgaben liegt in dem Momente des tätigen Eingreifens: das kann ein Arbeitgeberverband unter Umständen schon durch die Zahlung von Streikunterstützungsgeldern, ohne daß damit jeder Streikunterstützungsverein als solcher Arbeitgebergemeinschaft erhält und tariffähig wird.[36]

c) So ist der ausdrückliche Ausschluß von Tarifverträgen in der Satzung eines Arbeitgeberverbandes dann eine unbeachtliche protestatio facto contraria, wenn er sich gleichwohl mit der Einflußnahme auf die Gestaltung von Lohn- und Arbeitsbedingungen faßt[37]. Es kommt nicht darauf an, was als Vereinsaufgabe in der Satzung angegeben ist, sondern allein darauf, was — nach objektiver Würdigung der Gesamtsachlage — zu seinem Aufgabenkreise gehört. So haben die Arbeitgeberverbände der Vorkriegszeit Tarifverträge zwar aufs schärfste abgelehnt, aber dennoch energisch auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen eingewirkt. Sie würden, auch wenn sie bei ihrer Absicht geblieben wären, tariffähig geworden sein[38]. Entspricht dagegen der satzungsmäßige Ausschluß der Tarifverträge dem wirklichen Willen des Verbandes, jedes Einwirken auf Lohn- und Arbeitsbedingungen aus seinem Aufgabenkreis auszuschalten, so fehlt es an einer Arbeitgebervereinigung im Sinne der Tarifverordnung, d. h. die Vereinigung ist nicht tariffähig. Nach geltendem Rechte ist es den Arbeitgebern freigestellt[39], ob sie sich in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber zu gemeinsamen Wirken gegenüber ihrem „sozialen Gegenspieler“[40] zusammenschließen wollen. Tun sie es, so erwerben sie kraft Gesetzes ohne und gegen ihren Willen die Tariffähigkeit[41]. Daher ist die gewollte Tarifunfähigkeit nur in der Weise anzuerkennen, daß Arbeitgeber (oder Arbeitnehmer) untereinander sich zu jedem beliebigen erlaubten Zwecke vereinigen und daß

---

36. Das gegenüber Hueck, insbesondere JW. 27, 231.

37. A. A. Nipperdey, der durch die Klausel allgemein die Tariffähigkeit beseitigt sieht, mag sich die Vereinigung auch sonst mit eigentlichen Arbeitgeberaufgaben befassen.

38. Vgl. Sinzheimer, S. 255, RG. JW. 28, 104.

39. Zwangsorganisationen der Berufsverbände propagiert de lege ferenda L. Brentano, Vgl. Entwurf eines Tarifgesetzes, Begründung S. 493 ff.

40. Kaskel, S. 25.

41. Das namentlich gegenüber Huecks Lehre von der Vereinigungsfreiheit. NZ. f. AR. 26, 641.

sie jede gebildete Vereinigung im Rahmen der Gesetze wieder auflösen dürfen[42]. Die ernstliche, dauernde Ausschaltung der Arbeitgeberaufgaben aus dem Wirkungsfeld eines Verbandes beendet seine Eigenschaft als Arbeitgeberverband und seine Tariffähigkeit, da er als Arbeitskampfpartei ausscheidet. Unmöglich ist es jedoch, Arbeitgeberverband zu bleiben und nicht mehr tariffähig zu sein[43].

d) Auch eine Beschränkung der Tariffähigkeit ist unmöglich[44]. Sie wird in der Weise versucht, daß eine Arbeitgebervereinigung, z. B. nur mit ihren Arbeitern, nicht ihren Angestellten, Tarifverträge schließen will, und sich auf Grund einer entsprechenden Satzungsklausel den Angestellten gegenüber als nicht tariffähig betrachtet[45]. Das ist ebensowenig möglich wie eine Beschränkung der allgemeinen Rechtsfähigkeitssphäre eines eingetragenen Vereins: Er kann zwar in seiner Satzung das Feld seiner Arbeit mit der Wirkung umgrenzen, daß satzungswidrige Beschlüsse unwirksam sind[46], sofern die Begrenzung nicht den Gesetzen widerspricht. Damit wird er jedoch nicht insoweit rechtsunfähig[47]. Das ergibt schon das Bürgerliche Recht in den §§ 64, 68, und 70 BGB.[50]: die Wirksamkeit jeder Beschränkung des Umfanges der Vertretungsmacht des Vorstandes hängt gutgläubigen Dritten gegenüber von der Eintragung ins Vereinsregister ab. Im Kreise der eintragungsfähigen Beschränkungen fehlen jedoch die Beschränkungen der Rechtsfähigkeitsphäre; daraus folgt, daß das geltende Recht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeitssphäre nicht anerkennt[51]. Das gleiche gilt für die Tariffähigkeit als der tariflichen Rechtsfähigkeit. Die gegenteilige Ansicht[48], die eine willkürliche Be-

42. Ueber die Auflösung eines Arbeitgeberverbandes vgl. Fögen, S. 81.

43. So jetzt die h. M. vgl. Kaskel[3], S. 30, Fögen S 74, Jacobi S. 172, Sinzheimer S. 254, ferner Gerber, Gutachten S. 62, Jörges Schlichtungswesen 8, S. 21, Buddeberg, Schlichtungswesen 8, S. 180.

44. Kaskel, 3. Aufl. S. 31.

45. Beispiel bei Gerber, Gutachten, S. 4.

46. Vgl. zweiter Hauptteil V.

47. Das nimmt zu Unrecht Nipperdey, Rechtsprechung S. 4 ff an.

48. Von Nipperdey Rechtsprechung S. 11 und Hueck JW. 27, S. 231.

49. Erdel, JW. 27, 239. Clauss, SchlW. 8, 205.

50. So Hueck, NZ. f. AR. 26, 643.

51. So auch — jedoch ohne Begründung — RGZ. 49, 295.

ist es m. E. unrichtig, den Begriff einer Tarifberechtigung zu prägen, da er den Anschein erweckt, als ob er eine Befugnis im Tarifrecht verleihe, während er nichts ist als die verbandsmäßige Ausprägung des Tarifwillens einer Vereinigung[57].

3. Sofern man[58] im Ergebnis die Bedeutung der Tarifberechtigung als der verbandsmäßigen Befugnis zum Tarifvertrage richtig würdigt, d. h. sie der Pflicht zum Tarifvertrag gegenüber bedeutungslos sein läßt[59], ist die Verwendung des Tarifberechtigungsbegriffes jedenfalls überflüssig und daher besser zu unterlassen[60]. Eine Reihe von Autoren verkennt jedoch, durch den irreführenden Begriff der Tarifberechtigung getäuscht, die wahre Natur einer verbandsinternen Berechtigung als einer bloßen Verkörperung des Verbandswillens und sieht in ihr eine Voraussetzung eines Tarifvertrages, deren Vorhandensein wie das der Tariffähigkeit erst die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ermögliche, aber im Gegensatz zur Tariffähigkeit vom Belieben der Vereinigung abhänge[61]. Sie erkennen nicht, daß sie damit behaupten, der Tarifwille einer juristischen Person sei beachtlich, der einer natürlichen unbeachtlich. Jedenfalls verschleiert der so verwendete Tarifberechtigungsbegriff ihnen den eigentlichen Inhalt ihrer Behauptung von der Beachtlichkeit des Tarifwillens[62].

B.

Zuweilen wird der Tarifberechtigungsbegriff nicht für eine Befugnis, sondern dem Wortsinne zuwider für eine besondere Fähigkeit verwendet, die neben der Tariffähigkeit vorhanden sein müsse, um einen Tarifvertrag überhaupt wirksam „wollen" zu können.

---

57. So Jörges, SchlW. 6, 157; 7, 158; 8, 21; 9, 99. Buddeberg, Schl. W. 8, 180. a. A. Goeppert, NZ. f. AR. 25, 321.

58. Wie Kaskel[3], S. 31, Fögen S. 81 und Mikosch, AR. 13, S. 51.

59. Vgl. unten III, zweiten Hauptteil.

60. So insbesondere Jacobi S. 172, Sinzheimer S. 252, ähnlich Nipperdey Rechtsprechung S. 4 ff., jedoch mit entgegengesetztem Endergebnis.

61. So Goeppert, NZ. f. AR. 25, S. 312; Dersch, 2. Aufl. S. 156. Aehnlich Pick, NZ. f. AR. 6, 469; Schoppen SchlW. 7, 121 und Lange SchlW. 7, 129. Vgl. auch unten III.

62. S. unten III.

1. So begreift Oertmann[63] unter der Tarifberechtigung die aus der satzungsmäßigen Erstreckung des Aufgabenkreises einer Vereinigung folgende, abstrakte Tarifabschlußfähigkeit, die von dem konkreten Willen, einen bestimmten Tarifvertrag zu schließen, zu trennen sei. Sie ermögliche der Vereinigung den zum Abschluß eines Tarifvertrages unerläßlichen „sozialen Willensakt" vorzunehmen, sie sei eine der Tariffähigkeit an Bedeutung gleichkommende Tarifvertragsvoraussetzung. Die Verbindlichkeitserklärung des Schlichtungsverfahrens könne nur den konkreten Abschlußwillen ersetzen. Der Beweis für die Möglichkeit, die Willenssphäre eines Vereines gegenüber äußeren Verpflichtungen zu begrenzen, ist jedoch nicht erbracht. Er muß an den gleichen Gründen scheitern, die gegen die Beschränkung der Rechtsfähigkeitssphäre sprechen (s. o. I).

2. Abzulehnen ist ferner der Versuch, die Tarifberechtigung als eine besondere Tarifgeschäftsfähigkeit anzusehen und sie so der Tariffähigkeit als der tariflichen Rechtsfähigkeit gegenüberzustellen[64]. Denn ebensowenig, wie man willkürlich seine einmal erworbene Rechtsfähigkeit beschränken kann[65], kann man sich durch eine Satzungsbestimmung nach Belieben bald geschäftsfähig und bald geschäftsunfähig machen. Das würde bedeuten, daß jemand seinen ernstlich gemeinten Willenserklärungen aus eigenem Entschluß bald die Anerkennung der Rechtsordnung verschaffen, bald sie ihnen wieder entziehen könnte. Daher ist auch diese Konstruktion der Tarifberechtigung abzulehnen.

C.

Schon die zu A. und B. gezeigten Verwendungsarten des Tarifberechtigungsbegriffes beweisen seine Mehrdeutigkeit und Ueberflüssigkeit. Dazu kommt noch die Verwendung für Tarifzuständigkeit[66] oder für die aus der Tariffähigkeit fließenden Reflexwirkung, dem „Recht", von der Fähigkeit Gebrauch machen zu können, die wir als die dynamische Seite der statischen Tarif-

63. SchlW. 25, S. 97.

64. So Priebe, Schl. W. 25, 187 und 201. Mit anderem Ergebnis Kandeler, D. Kaufm. in W. u. R. 26, 49.

65. Vgl. das oben I. A. gegenüber Gerber Gesagte.

66. Bei Kaskel III. Aufl. S. 26.

fähigkeit, als Tariffähigkeitsträgerschaft, bezeichnen.[67] [68] Daher ist m. E. der Begriff Tarifberechtigung als irreführend und unbrauchbar aus dem Tarifrecht zu entfernen[69].[70]

III. Die Tarifwilligkeit.

Neben der Tariffähigkeit und Tarifberechtigung wird von einigen Schriftstellern ausdrücklich, von den oben zu IIA 4 genannten unter der unrichtigen Bezeichnung der Tarifberechtigung, die Tarifwilligkeit als Voraussetzung eines Tarifvertrages, nicht nur eines freiwilligen Tarifvertragabschlusses aufgeführt, m. E. zu unrecht, da diese Ansicht den Grundprinzipien des Tarifrechtes nicht entspricht. Sie sind im folgenden darzustellen, zu widerlegen jedoch nur insoweit, als damit nicht dem zweiten Hauptteil vorgegriffen wird, der die gesetzliche Tarifpflicht nachweist.

A.

Silberschmidt[71] unterscheidet zwischen der allgemeinen Abschlußbereitschaft, wie sie aus der Satzung im positiven oder negativen Sinne (durch die Tarifunfähigkeitsklausel z. B.) hervorgehe, und dem konkreten Tarifinhaltswillen, der die Gestaltung des konkreten, zur Verhandlung stehenden Tarifvertragsentwurfes zum Gegenstand habe. Nur der Wille einer Vereinigung oder eines Einzelarbeitgebers, den Inhalt eines Tarifvertrages bei grundsätzlicher Tarifbereitschaft in concreto in günstigem Sinne zu gestalten, sei durch die Verbindlichkeitserklärung des Schlichtungsverfahrens ersetzbar, nicht aber die allgemeine Tarifbereitschaft, der generelle Tarifabschlußwille. Denn die Schlichtungsverordnung bezwecke[72] auch mit ihrem Zwangsverfahren nur ein „Hilfeleisten"

67. S. oben I am Anfang.

68. Vgl. Buddeberg, Schl. W. 8, 180, Jörges Schl. W. 8, 21.

69. So auch Sinzheimer, S. 255, Jacobi, 154; Nipperdey Rechtsprechung S. 15; Erdel, JW. 27, 239.

70. Die entgegenstehende Reichsgerichtspraxis, die Kaskel[3] S. 24 anführt, ist einzig und allein terminologischer Art, da die bisher vorliegenden Urteile Tariffähigkeit und Tarifberechtigung als synonyme Begriffe gebrauchen und die Tarifberechtigung ohne weiteres mit der Tariffähigkeit gegeben sein lassen. Vgl. die oben I B 3a genannten Urteile.

71. Schl. W. 25, 186.

72. So schon Richter, „Der Arbeitgeber" 24, 272.

zum Abschluß von Gesamtvereinbarungen (§ 3 Schl.VO.), d. h. sie wolle den Parteien zu Hilfe kommen, die gerne einen Tarifvertrag abschließen möchten, sich aber nicht einigen könnten, Hilfeleisten bedeute, die Ziele und Zwecke eines anderen fördern. Daher könnten die Schlichtungsbehörden gegen den Willen auch nur einer Partei nicht „Hilfe leisten", nicht eingreifen. Dem ist[73] entgegenzuhalten, daß schon dem Wortsinne nach Hilfeleisten ebenso gut die Bedeutung haben kann, die man aus allgemeinen Gründen der Schlichtungsverordnung bisher entnommen hat und entnehmen muß[74]. Hilfeleisten bedeutet als Aufgabe der Schlichtungsbehörden, die Parteien solchen Zielen näher zu bringen, die vom Standtpunkt der Allgemeinheit betrachtet, im Interesse des Wirtschaftsfriedens, Ziele der Parteien sein müßten, ohne es zu sein. Man „helfe" doch einem Lebensmüden, wenn man ihn gegen seinen Willen am Selbstmord hindert[75].

B.

Lange[76] will die Beachtlichkeit der Tarifwilligkeit (die er Tarifberechtigung nennt) aus dem Wesen des Tarifvertrages herleiten. Der Staat habe sich zugunsten der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände seines Gesetzgebungsrechtes hinsichtlich der Arbeitsvertragsnormen begeben und ihnen die Gesetzgeberrolle übertragen. Als Gesetzgeber hätten sie zwar die Befugnis, aber nicht die Pflicht, von ihr Gebrauch zu machen. Das liege im Wesen jeder Autonomie. Dem ist entgegenzuhalten[77], daß aus dem Wesen einer Autonomie durchaus nicht zu folgern ist, der Staat wolle sich jeder Einflußnahme auf die privilegierten Träger der Gesetzgebungsbefugnis enthalten: Der Staat kann vielmehr durchaus bei einem Nichtgebrauchmachen von der Befugnis im öffentlichen Interesse einschreiten. Jedenfalls folgt aus der Funktion

73. Mit Jörges, Schl. W. 8, S. 21.

74. Ueber die grundsätzliche Bedeutung des Schlichtungsverfahrens für die Pflicht zum Tarifvertrage vgl. den zweiten Hauptteil.

75. Beispiel von Jörges, a. a. O.

76. Schl. W. 7, 122.

77. Mit Erdel, Schl. W. 7, 186.

der Verbände als Träger der Arbeitsnormensetzung nichts für die Beachtlichkeit ihres Willens zur Untätigkeit[78].

C.

Aehnlich folgert Hueck[79 80] aus der Aufgabe der Verbände, objektives Arbeitsrecht mit Wirkung für und gegen die Vereinsmitglieder zu setzen, die Notwendigkeit, den Tarifwillen der Mitglieder zu berücksichtigen. Der Grund für die Macht der Verbände, für die Einzelarbeitgeber wirksame Arbeitsnormen zu setzen, liege darin, daß die Mitglieder sich durch ihren Beitritt den bisherigen und künftigen Tarifverträgen unterwürfen; sie hätten sich nicht unterworfen, wenn die Satzung einer Vereinigung ausdrücklich den Abschluß von Tarifverträgen ausschließt. Diese Verbände könnten nicht als wirkliche Interessenvertreter ihrer Mitglieder handeln. Sie dennoch gegen ihren Willen zum Träger der Tarifrechte und -pflichten zu machen, bedeute eine Vergewaltigung der gutgläubigen Verbandsmitglieder, die vielleicht nur mit Rücksicht auf den Ausschluß der Tariffähigkeit in der Satzung sich zum Eintritt entschlossen hätten. Er stützt also die Beachtlichkeit des Tarifwillens der Mitglieder, die doch in ihrer Gesamtheit die Vereinigung darstellen, auf den allgemeinen Gesichtspunkt des Schutzes des gutgläubigen Vertrauens. Demgegenüber ist zu betonen[81], daß die Vergewaltigung der gutgläubigen Verbandsmitglieder nicht durch Schlichtungsverfahren und Zwangstarif erfolgt, sondern höchstens durch den Verband selbst und seine Organe, die den Verband als nichttariffähig hinstellen, während er sich in Wirklichkeit mit der Einwirkung auf die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingung befaßt, also tariffähig war (s. o. I). Beschäftigte sich der Verband bei Eintritt der Mitglieder nicht mit den eigentlichen Arbeitgeberaufgaben, wurde er also erst später durch sein Verhalten zu einer Partei des Ar-

78. Eingehend darüber im zweiten Hauptteil zu IV A, wo die Pflicht zum Tarifvertrag trotz der Anerkennung der Tarifautonomie nachgewiesen wird.

79. NZ. f. AR. 6, 641 ff.

80. Neben seiner zu I dargestellten Lehre von der Vereinigungsfreiheit, die die Wirkungssphäre eines Vereins beliebig zu umgrenzen erlaube.

81. Mit Höniger, NZ. f. AR. 7, 593.

beitskampfes, so war sein Verhalten, das die Voraussetzung der Tariffähigkeit begründete, satzungswidrig und kann mit interner Wirkung gerügt werden. Dadurch wird jedoch nicht die erworbene Tariffähigkeit wieder ungeschehen gemacht, es sei denn, daß wiederum die eigentlichen Arbeitgeberfragen ernstlich und dauernd aus dem Aufgabenkreise des Verbandes ausgeschaltet werden (s. o. I). So ergibt sich, daß der Tarifunwilligkeit des Verbandes, auch wenn man den guten Glauben der Mitglieder schützen will, nur soviel oder sowenig Bedeutung beizulegen ist, wie der Tarifwilligkeit eines Einzelarbeitgebers, d. h. sie ist der Pflicht zum Tarifvertrage gegenüber unbeachtlich[82].

IV. Die Tarifzuständigkeit.

Der Sache nach unbestritten[83] wird als selbstverständliche Voraussetzung eines wirksamen Tarifvertragsabschlusses die konkrete Tarifzuständigkeit der vertragschließenden Parteien gefordert Dabei ist die Tarifzuständigkeit als die aus der örtlichen und sachlichen Stellung der tariffähigen Parteien fließende Eigenschaft zu verstehen, gerade die fraglichen Bedingungen der örtlich und fachlich begrenzten Arbeitsverträge zu bestimmen[84]. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß ein Tarifvertrag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern der Metallindustrie in X. nicht die Arbeitsbedingungen der Textilarbeiter in Y. regeln kann. Ob und wann die tariffähigen Parteien zuständig sind, ergibt die Prüfung im Einzelfall[85]. Für sie ist der Gesichtspunkt maßgebend, daß jeder Tarifvertrag seinem Wesen nach ein Friedensabkommen zweier sozialer Gegner ist, die einen Arbeitskampf beenden oder verhüten wollen[86]. Daher sind die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen zuständig, die in der Lage sind, mit der Gegen-

---

82. Vgl. den zweiten Hauptteil.

83. Terminologisch lehnt Kaskel[3], S. 20 eine besondere Tarifzuständigkeit ab, wie sie Jörges Schl. W. 8, 21 und 9, 25 und Sinzheimer, S. 255 verlangt, ohne jedoch sachlich abzuweichen.

84. Aehnlich Jörges a. a. O.

85. So auch LG. I Berlin v. 7. 1. 26. Schl. W. 9, S. 23, das in ungenauer Terminologie die Tarifzuständigkeit als Tarifberechtigung bezeichnet. (s. o. III C).

86. Kaskel a. a. O.

der Verbände als Träger der Arbeitsnormensetzung nichts für die Beachtlichkeit ihres Willens zur Untätigkeit[78].

C.

Aehnlich folgert Hueck[79 80] aus der Aufgabe der Verbände, objektives Arbeitsrecht mit Wirkung für und gegen die Vereinsmitglieder zu setzen, die Notwendigkeit, den Tarifwillen der Mitglieder zu berücksichtigen. Der Grund für die Macht der Verbände, für die Einzelarbeitgeber wirksame Arbeitsnormen zu setzen, liege darin, daß die Mitglieder sich durch ihren Beitritt den bisherigen und künftigen Tarifverträgen unterwürfen; sie hätten sich nicht unterworfen, wenn die Satzung einer Vereinigung ausdrücklich den Abschluß von Tarifverträgen ausschließt. Diese Verbände könnten nicht als wirkliche Interessenvertreter ihrer Mitglieder handeln. Sie dennoch gegen ihren Willen zum Träger der Tarifrechte und -pflichten zu machen, bedeute eine Vergewaltigung der gutgläubigen Verbandsmitglieder, die vielleicht nur mit Rücksicht auf den Ausschluß der Tariffähigkeit in der Satzung sich zum Eintritt entschlossen hätten. Er stützt also die Beachtlichkeit des Tarifwillens der Mitglieder, die doch in ihrer Gesamtheit die Vereinigung darstellen, auf den allgemeinen Gesichtspunkt des Schutzes des gutgläubigen Vertrauens. Demgegenüber ist zu betonen[81], daß die Vergewaltigung der gutgläubigen Verbandsmitglieder nicht durch Schlichtungsverfahren und Zwangstarif erfolgt, sondern höchstens durch den Verband selbst und seine Organe, die den Verband als nichttariffähig hinstellen, während er sich in Wirklichkeit mit der Einwirkung auf die Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingung befaßt, also tariffähig war (s. o. I). Beschäftigte sich der Verband bei Eintritt der Mitglieder nicht mit den eigentlichen Arbeitgeberaufgaben, wurde er also erst später durch sein Verhalten zu einer Partei des Ar-

78. Eingehend darüber im zweiten Hauptteil zu IV A, wo die Pflicht zum Tarifvertrag trotz der Anerkennung der Tarifautonomie nachgewiesen wird.

79. NZ. f. AR. 6, 641 ff.

80. Neben seiner zu 1 dargestellten Lehre von der Vereinigungsfreiheit, die die Wirkungssphäre eines Vereins beliebig zu umgrenzen erlaube.

81. Mit Höniger, NZ. f. AR. 7, 593.

beitskampfes, so war sein Verhalten, das die Voraussetzung der Tariffähigkeit begründete, satzungswidrig und kann mit interner Wirkung gerügt werden. Dadurch wird jedoch nicht die erworbene Tariffähigkeit wieder ungeschehen gemacht, es sei denn, daß wiederum die eigentlichen Arbeitgeberfragen ernstlich und dauernd aus dem Aufgabenkreise des Verbandes ausgeschaltet werden (s. o. I). So ergibt sich, daß der Tarifunwilligkeit des Verbandes, auch wenn man den guten Glauben der Mitglieder schützen will, nur soviel oder sowenig Bedeutung beizulegen ist, wie der Tarifwilligkeit eines Einzelarbeitgebers, d. h. sie ist der Pflicht zum Tarifvertrage gegenüber unbeachtlich[82].

IV. Die Tarifzuständigkeit.

Der Sache nach unbestritten[83] wird als selbstverständliche Voraussetzung eines wirksamen Tarifvertragsabschlusses die konkrete Tarifzuständigkeit der vertragschließenden Parteien gefordert. Dabei ist die Tarifzuständigkeit als die aus der örtlichen und sachlichen Stellung der tariffähigen Parteien fließende Eigenschaft zu verstehen, gerade die fraglichen Bedingungen der örtlich und fachlich begrenzten Arbeitsverträge zu bestimmen[84]. Es ist ohne weiteres einzusehen, daß ein Tarifvertrag zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern der Metallindustrie in X. nicht die Arbeitsbedingungen der Textilarbeiter in Y. regeln kann. Ob und wann die tariffähigen Parteien zuständig sind, ergibt die Prüfung im Einzelfall[85]. Für sie ist der Gesichtspunkt maßgebend, daß jeder Tarifvertrag seinem Wesen nach ein Friedensabkommen zweier sozialer Gegner ist, die einen Arbeitskampf beenden oder verhüten wollen[86]. Daher sind die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen zuständig, die in der Lage sind, mit der Gegen-

82. Vgl. den zweiten Hauptteil.

83. Terminologisch lehnt Kaskel[3], S. 26 eine besondere Tarifzuständigkeit ab, wie sie Jörges Schl. W. 8, 21 und 9, 25 und Sinzheimer, S 255 verlangt, ohne jedoch sachlich abzuweichen.

84. Aehnlich Jörges a. a. O.

85. So auch LG. I Berlin v. 7. 1. 26. Schl. W. 9, S. 23, das in ungenauer Terminologie die Tarifzuständigkeit als Tarifberechtigung bezeichnet. (s. o. III C).

86. Kaskel a. a. O.

partei einen Arbeitskampf zu führen und also auch ein Arbeitsfriedensabkommen zu schließen. So ergibt sich für die sachliche und örtliche Zuständigkeit: die Arbeitgeber[87] müssen solche Arbeitnehmer im örtlichen Wirkungskreis des Tarifvertrages beschäftigen, den Arbeitnehmerverbänden müssen Arbeitnehmer[88] der betreffenden Art im Tarifvertragsbezirke angehören. Diese Tarifzuständigkeit ist durch den Willen nicht beeinflußbar und kann daher nicht willkürlich zerstört werden. Das bedarf als unbestritten und für die gewollte Tarifunfähigkeit ohne Bedeutung keiner weiteren Prüfung.

87. Als Einzelpersonen oder zu Vereinigungen zusammengeschlossen.

88. In nicht allzu geringer Zahl. Zu weit geht Geschäftsbericht 23/24, S. 320.

Zweiter Hauptteil.

Die Pflicht zum Tarifvertrage.

I. Die Notwendigkeit einer materiellen Tarifpflicht.

Die meisten Bearbeiter der gewollten Tarifunfähigkeit begnügen sich mit der Prüfung der Frage, wie die Unfähigkeitsklausel auf die Tariffähigkeit, die Tarifberechtigung oder die Tarifwilligkeit der Vereinigung, also auf eine der tatsächlich oder doch ihrer Meinung nach unumgänglich nötigen Voraussetzungen eines Tarifvertrages wirke. Nur wenige Schriftsteller[1] werfen die m. E. entscheidende Frage auf, weshalb denn die Tarifunwilligkeit, als die wir die gewollte Tarifunfähigkeit erkannt haben, im Schlichtungsverfahren unbeachtlich sei. Meist begnügt sich die Beweisführung mit der Feststellung, daß die Tariffähigkeit eine gesetzliche, dem Parteiwillen entzogene Eigenschaft sei; daher könne sich niemand einem Zwangstarife entziehen[2]. M. E. kann die Lehre von den Voraussetzungen eines Tarifvertrages[3] nicht beweisen, warum im Einzelfall bei Vorliegen der Voraussetzungen ohne Rücksicht auf den Willen der Partei ein Tarifvertrag zustande kommen muß. Beantwortet die Lehre von den Voraussetzungen der Rechtsfähigkeit, als der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, doch nicht die Frage, wann und wodurch im Einzelfalle Rechte erworben oder Pflichten begründet werden. Vielmehr bedarf es stets des Nachweises eines bestimmten Rechtsgrundes[4], der einer abstrakt rechts- und verpflichtungs-

1. Kaskel, Fögen, Finke und Sinzheimer.

2. So Jörges, 6/157; 7/158; 8/21; 9/99; Jacobi S. 176, Gerber Gutachten, S. 43.

3. Wie sie der erste Hauptteil ergab.

4. Mag er — im Privatrecht — auf gesetzlich anerkannter Vereinbarung oder unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung beruhen und ein fest umrissenes Tun oder allgemein die Herstellung eines gesetzlichen Zustandes verlangen.

fähigen Person bestimmte Rechte und Pflichten auferlegt[8]. Die imperative Natur des Rechtes[5] erfordert, daß für jeden Rechtssatz — wie hier den der Unbeachtlichkeit der Tarifunwilligkeit[6] — der ihn begründende rechtliche Imperativ in Gestalt einer gesatzten oder ungesatzten Rechtspflicht nachgewiesen wird: Eine Rechtspflicht, ein rechtlicher Imperativ, ist die conditio sine qua non jeder rechtlichen Beziehung[7].

Daher ist es m. E. aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen, die Lehre von der gewollten Tarifunfähigkeit nur als die Lehre von den Voraussetzungen eines Tarifvertrages anzusehen. Sie ist in Wahrheit die Lehre von der Pflicht zum Tarifvertrage[9]. Daher bedarf es des Nachweises, daß das geltende Recht eine Tarifpflicht kennt. Er läßt sich m. E. nicht auf den Wegen erbringen, die bisher dazu benutzt wurden, indem aus dem Novemberabkommen der Spitzenverbände, der Reichsverfassung, der Stellung der Koalitionen oder aus dem Einlassungszwange des Schlichtungsverfahrens die Pflicht der Arbeitgeberverbände zum Abschluß von Tarifverträgen abzuleiten versucht wurde, nicht immer in der Erkenntnis, eine materielle Tarifpflicht aufzeigen zu müssen. Vor allem ist die unrichtige Betrachtung des Verhältnisses von materiellem und formellem Recht Grund dafür, die richtige Lösung des Problems zu verkennen: sie scheint mir in der Ableitung der Tarifpflicht als einer materiellen Norm des Arbeitsrechtes aus dem formellen Verfahrensrecht der Schlichtungsverordnung zu liegen.

II. Die bisherigen Lösungsversuche.

Die Pflicht zum Tarifvertrage herzuleiten, zivilistisch gesprochen, ihren „Titel" nachzuweisen, ist bisher in einer Weise ver-

---

5. Bei „materiell-rechtlicher Betrachtungsweise, Goldschmidt, S. 227 ff und unten II.

6. Als die wir die gewollte Tarifunfähigkeit erkannt haben.

7. Goldschmidt, S. 231, Kipp Doppelwirkung S. 212.

8. So auch Geschäftsbericht 23/24, S. 316; allerdings mit dem Ergebnis der Anerkennung der gewollten Tarifunfähigkeit. A. A Gerber, K. in W. u. R. 26, 539, weil es bei einer Tarifpflicht keines Schlichtungsverfahrens bedürfte, sie vielmehr durch Klage durchzusetzen wäre: das Schlichtungsverfahren ist aber gerade der Weg, die Tarifpflicht durchzusetzen. S. u. III!

9. Vgl. Anm. 8.

sucht worden, die es den Gegnern leicht machte, die Schwächen und Fehler der Beweisführung aufzuzeigen.

A.

Eine Vertragspflicht der Arbeitgeberverbände gegenüber den Arbeitnehmerverbänden auf Abschluß von Tarifverträgen sucht Finke[10] nachzuweisen. Das Abkommen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände vom 15. 11. 18[11], das vom Rate der Volksbeauftragten veröffentlicht wurde, erkennt zunächst den Gewerkschaften das Recht zu, „als verhandlungsberechtigte Vertreter namens der Gesamtheit ihrer Mitglieder, wie auch namens einzelner Mitglieder über alle das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen rechtswirksame Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen." Vor allem war (in Ziffer 6) vorgesehen, daß die Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer[12] durch Kollektivvereinbarungen der beiderseitigen Berufsvereinigungen entsprechend den Verhältnissen des betreffenden Gewerbezweiges festzusetzen seien Ohne Zweifel liegt hierin die Erklärung, in Zukunft die bisher geübte Praxis der grundsätzlichen Ablehnung der Tarifverträge aufzugeben und sich der Kollektivverträge zur Regelung der Arbeitsbedingungen zu bedienen[13]. Eine im Einzelfall für jede Arbeitgebervereinigung wirksame vertragliche Pflicht zum Tarifvertrage aus dieser Vereinbarung herzuleiten[14], ist jedoch m. E. nicht möglich.

1. Zunächst ist es zweifelhaft, ob die Parteien überhaupt einen verpflichtenden Vertrag schließen[14], oder nur grundsätzlich die allgemeinen Richtlinien des zukünftigen Handelns festlegen wollten[15]. Aus dem Abkommen selbst ist eine klare Entscheidung nicht zu entnehmen, jedoch spricht die mangelnde Vertretungsmacht der Spitzenverbände zu so weitgehenden Verpflichtungen gegen die Annahme bindender Verpflichtungen[15].

---

10. A. a. O. S. 11 ff.

11. Vgl. Kaskel, „Das neue Arbeitsrecht", S. 221 ff.

12. Den Arbeitern wurden durch Ziff. 12, 2 die Angestellten gleichgestellt.

13. Vgl. Silberschmidt, Schl. W. 7, 186. Kaskel[3], S. 31.

14. So Finke a. a. O.

15. So der Geschäftsbericht 23/24.

2. Ebenso würden durch das Abkommen — auch wenn man in ihm einen bindenden Vertrag erblicken wollte — nur die Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen verpflichtet sein, die den vertragschließenden Spitzenverbänden angehörten; die dort nicht vertretenen Verbände würden also überhaupt nicht berührt werden.

3. Ferner läßt sich als Inhalt des Abkommens m. E. nicht mehr als die allgemeine Bereitwilligkeit zum Tarifvertrage nachweisen: der Wille, in jedem Falle Tarifverträge zu schließen, ist im Wortlaute des Abkommens jedenfalls nicht erkenntlich dargelegt worden[16].

4. Entscheidend ist jedoch die Tatsache, daß das Abkommen mit der in ihr und durch sie gegründeten Zentralarbeitsgemeinschaft erloschen ist. Der Austritt der meisten Arbeitnehmerverbände[17] hat die Arbeitsgemeinschaft und damit das ganze materielle Abkommen jeder Wirksamkeit entkleidet[18].

5. Auch die Folgen der Ansicht, die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände seien vertraglich zum Tarifvertragsabschluß verpflichtet, beweisen die Unrichtigkeit jener Ansicht. Die vertragliche Pflicht müßte doch wie jede andere Vertragspflicht im ordentlichen Rechtswege vor den Zivilgerichten verfolgt werden[19], ein Ergebnis, das zweifellos mit dem geltenden Schlichtungsrecht und damit dem geltenden Arbeitsrecht überhaupt in scharfem Widerspruch steht. Daher ist m. E. eine vertragliche Pflicht der Arbeitgeberverbände gegenüber den Gewerkschaften auf Abschluß eines Tarifvertrages im Einzelfalle aus dem Novemberabkommen nicht herzuleiten[20].

---

16. A. A. Finke, S. 13.

17. Im wesentlichen sind nur noch die „christlichen Gewerkschaften" in ihr verblieben.

18 Zu Unrecht scheidet Finke zwischen der aufgelösten Arbeitsgemeinschaft und einem selbständigen, noch nicht gekündigten, also wirksamen Abkommen.

19. So auch Finke, S. 87.

20. Ueber die Bedeutung des Abkommens für das geltende Recht s. u. B.

B.

Aus der Reichsverfassung (Art. 157 und 165) wird vereinzelt[21] die Tarifpflicht der Arbeitgeberverbände hergeleitet, in der gewählten Weise schwerlich mit Recht.

1. Die Zusicherung des besonderen Schutzes des Reiches für die Arbeitskraft in Art. 157, 1 ist offensichtlich eine programmatische Erklärung, eine Anweisung an den Gesetzgeber, aber kein positiver Rechtssatz, aus dem sich etwas für die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit entnehmen ließe[22].

2. Eher ließe sich die Tarifpflicht aus Artikel 165, 1 ableiten, der die Arbeitnehmer gleichberechtigt mit den Arbeitgebern dazu beruft, an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingung mitzuwirken und dazu die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen anerkennt (Satz 3). Denn aus dieser Bezugnahme auf das Novemberabkommen der Spitzenverbände[23] ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die Reichsverfassung das Prinzip der kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge der beiderseitigen Organisationen als einen Grundgedanken des neuen Arbeitsrechtes ansieht[24]. Mit der Anerkennung der Organisationen und ihrer Vereinbarung sind die Gewerkschaften nicht nur gegenüber der früheren staatlichen Bekämpfung sichergestellt, sondern zugleich als die natürlichen Gegenspieler der Arbeitgeber zur kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen berufen[25]. Hierin liegt sicherlich die grundsätzliche Anerkennung der Tarifverträge durch die Reichsverfassung. Aber mehr als eine grundsätzliche Anerkennung läßt sich der Reichsverfassung nicht entnehmen. Jedenfalls nicht ein positiver Rechtssatz des Inhaltes, daß die Arbeitgeberverbände auch ohne Rücksicht auf ihren Willen zum Abschluß von Tarifverträgen verpflichtet sind; denn die Tarifpflicht der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen geht noch nicht aus

---

21. So insbesondere Finke, S. 18 u. die dort genannten Schiedssprüche. Vgl. auch Sinzheimer S. 68 ff.

22. Zum Teil a. A. Finke, S. 23, jedoch mit unzureichender Begründung.

23. S. oben A.

24. Vgl. Kaskel, S. 31.

25. A. A. Geschäftsbericht S. 72.

ihrem grundsätzlichen „Berufensein“ zur kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen hervor[26].

C.

Aus der allgemeinen Stellung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalitionen folgert Sinzheimer[27 28] ihre öffentlich-rechtliche Tarifpflicht dem Staate gegenüber, m. E. im Ergebnis, nicht in der Begründung zu Recht. Die Koalitionen haben eine Reihe öffentlich-rechtlicher Befugnisse erhalten, wie das Recht der Mitwirkung an der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung[29], vor allem das Recht, durch Vereinbarung die Bedingungen der Einzelarbeitsverträge mit normativer Wirkung regeln zu können. Aus diesen öffentlichen Rechten folge ihre Pflicht dem Staate gegenüber, von ihnen Gebrauch zu machen; weigern sie sich, so kann sie der Staat dazu zwingen, und zwar im Tarifrecht im Wege des Schlichtungsverfahrens mit seiner Verbindlicherklärung. Es fehlt jedoch der Beweis, warum aus der Verleihung der subjektiven öffentlichen Rechte dem Staate gegenüber auch eine entsprechende Pflicht folge. Es ist doch möglich, daß die Koalitionen z. B. von ihrem Rechte, Vorschlagslisten für die Berufung der Beisitzer für die Arbeitsgerichte einzureichen, keinen Gebrauch machen, ohne daß der Staat Anlaß nehmen wird, sie dazu zu zwingen. Daher folgt m. E. aus den öffentlichen Rechten der Koalitionen allein noch keine Pflicht zu ihrer Ausübung, wenn nicht besondere gesetzliche Anhaltspunkte vorliegen.

D.

Die positiv rechtliche Bestimmung, die die in der Unfähigkeitsklausel liegende Tarifunwilligkeit einer Arbeitgebervereinigung unbeachtlich macht, wird von Kaskel[30] in dem Schlichtungsverfahren mit seinen Instituten des Einlassungszwanges

26. A. A. Finke, S. 18; für die nur grundsätzliche Bedeutung des Art. 165 Kaskel[2], S. 226, Dersch, S. 146.

27. S. 79.

28. Gewisse Anklänge bei Gerber, der jedoch eine Tarifpflicht ablehnt.

29. Im Reichswirtschaftsrat, in der Sozialversicherung und bei den Arbeitsgerichten.

30. NZ. f. AR. 6, 8. 1 ff. Arbeitsrecht 3. Aufl. S. 30; ihm haben sich Nörpel und Fögen „Hauptfragen“ S. 67 u. 71 angeschlossen; ähnlich Höniger, NZ. f. AR. 7, 594.

und der Verbindlicherklärung gesucht. Ohne dabei auf die Notwendigkeit einzugehen, daß nur eine allgemeine, dem Einzelarbeitgeber wie den Arbeitgeberverbänden obliegende Tarifpflicht ihren Tarifwillen erübrigt, läßt er die Weigerung eines tariffähigen Verbandes an dem Einlassungszwang und der Verbindlicherklärung des Schlichtungsverfahrens scheitern. Dazu zieht er eine Parallele zum ordentlichen Prozeßverfahren: Ein Verein könne sich doch nicht dadurch einem Zivilprozeß entziehen, daß er in seiner Satzung die Führung von Prozessen ausschließe, er könne gleichwohl verklagt und auch bei Nichterscheinen vor Gericht verurteilt werden. Entsprechendes gelte für das Schlichtungsverfahren. Auch hier würden durch das Prinzip des Einlassungszwanges (vgl. § 12 u. 15 der 2. AVO.) die Vereinigungen gegen ihren Willen ins Schlichtungsverfahren gezogen, auch hier könnte ohne ihr Erscheinen verhandelt und ihr entgegenstehender Wille durch Staatsakt gebeugt werden: der fehlende Tarifannahmewille werde durch die Verbindbindlicherklärung des Schiedspruches ersetzt, entsprechend der Urteilsrechtskraft des Zivilprozesses (§ 894 ZPO.) Die Unfähigkeitsklausel sei einem Zwangtarif gegenüber unwirksam, sie sei der vergebliche Versuch einer „gewillkürten Exemtion vom Schlichtungsverfahren“[31], die ebensowenig möglich sei, wie die Exemtion vom Prozeßverfahren. Die Unfähigkeitsklausel habe daher nur für den freiwilligen Tarifvertragsabschluß Bedeutung, im Schlichtungsverfahren sei sie unbeachtlich.

Demgegenüber ist zu betonen, daß zwar das Ergebnis, aber nicht die Art der Beweisführung als stichhaltig anerkannt werden kann, obwohl sicherlich im Schlichtungsverfahren der Schlüssel des Problems liegt[32]. Denn die Beweisführung stellt Verfahrensnormen auf die gleiche Stufe mit dem materiellen Recht, ohne dabei das richtige Verhältnis beider Gebiete zu erkennen.

1. Auch vom Standpunkt derer, die die Notwendigkeit einer Tarifpflicht n i c h t anerkennen, sondern nur allgemein die Voraussetzungen eines Tarifvertrages behandeln, ist diese Beweisführung nicht zu halten. Das läßt ebenfalls die Parallele zum Prozeßverfahren erkennen: Wenn ein Verein in seiner Satzung die Führung

31. Höniger NZ. f. AR. 7/594.

32. Gegen die Art der Beweisführung Meissinger, RABl. 25, NAT. S. 200, Nipperdey, Rechtsprechung S. 17. Pick, NZ. f. AR. 6, S. 4691.

von Prozessen verbietet, so kann er sich durch diese Satzungsklausel sicherlich nicht vor der Erhebung einer Klage bewahren; durch die Klageerhebung wird die Streitsache ohne Rücksicht auf seinen Willen rechtshängig, da das herrschende Prinzip des öffentlich-rechtlichen Einlassungszwanges eine zweiseitige litis contestatio erübrigt.[33] Auch die stetige Weigerung eine außerprozessual, materiellrechtlich erforderliche Willenserklärung abzugeben, kann durch ein Mittel des Prozeßrechtes unschädlich gemacht werden: die Urteilskraft ersetzt durch eine Fiktion die freiwillige Abgabe der Willenserklärung. (894 ZPO.). Damit ist aber noch nichts darüber bewiesen, ob der Verein zu Recht in den Prozeß gezogen wurde. Es steht ihm frei, vor Gericht nachzuweisen[34], daß er die verlangte Willenserklärung nicht abgeben könne, weil er überhaupt nichts rechtsfähig sei, oder daß gegen ihn überhaupt kein Prozeß geführt werden könne, weil er partei- oder prozeßunfähig sei. Die mangelnde Partei- oder Prozeßfähigkeit muß zur Beendigung des Verfahrens ohne Sachurteil führen, da ohne sie gegen den Verein ein Verfahren nicht durchgeführt werden kann.

Für die Frage, ob er partei- und prozeßfähig sei, ob gegen ihn ein Sachurteil ergehen könne, beweist der Einlassungszwang nichts, er greift nur bei Vorliegen jener Fähigkeit mit der Wirkung durch, daß er den Prozeßwillen der Parteien erübrigt.

Entsprechendes gilt für das Schlichtungsverfahren: Wenn eine Vereinigung in ihrer Satzung den Abschluß von Tarifverträgen verbietet und sich weigert, in Tarifverhandlungen einzutreten, so bedeutet für sie der öffentlich-rechtliche Einlassungszwang nur die Notwendigkeit[35], vor den Schlichtungsinstanzen zu erscheinen, um nicht das Recht auf Teilnahme, auf Gehör bei den Schlichtungsverhandlungen zu verlieren. Er hindert sie aber keineswegs, dort nachzuweisen[36], daß sie nicht tariffähig, also nicht schlichtungs-

---

33. Ueber die Rechtsnatur des Einlassungszwanges als einer prozessualen Last, einer „Pflicht" nur gegen sich selbst, um die Versäumnisfolgen zu vermeiden, vgl. Goldschmidt, S. 100 und 335 ff.

34. Unberührt bleibe hier die Frage, ob die folgenden Einwände von Amtswegen oder nur auf Vorbringen der Partei berücksichtigt werden müssen.

35. Als Verfahrenslast im prozessualen Sinne, (Anm. 33); eine echte Pflicht dagegen ist die Erscheinungspflicht (§ 15, 2. AVO.).

36. Vgl. Anm. 34.

fähig sei, daß daher gegen sie kein Zwangstarif ergehen könne. Gelingt ihr der Nachweis, so muß das Schlichtungsverfahren eingestellt werden[37]. Wie im Zivilprozeß zwingt der Einlassungszwang des Schlichtungsverfahrens nur die schlichtungsfähige Partei, ein Verfahren bis zur sachlichen Entscheidung durchzuführen. Wie dort ersetzt die Verbindlicherklärung den fehlenden Annahmewillen einer Partei nur dann, wenn sie tatsächlich die aus der materiellen Rechts- hier Tariffähigkeit folgende, verfahrensmäßige Prozeß- bezw. Schlichtungsfähigkeit besitzt: Er setzt sie voraus, aber begründet sie nicht. Daher ist m. E. auch Kaskel's Replik[38] nicht durchschlagend: Gewiß ist das tertium comparationis zwischen Prozeß und Schlichtung das Unterworfensein unter das rechtskräftige Urteil, bezw. den verbindlichen Schiedsspruch, während einer Verurteilung nur ein ungünstiger Zwangstarif entspricht. Aber ebensowenig, wie aus dem Einlassungszwang des Prozesses etwas über die auf materiellem Rechte beruhenden (§ 51 ZPO.) Voraussetzungen der Prozeß- und Parteifähigkeit und damit über die Möglichkeit eines günstigen oder ungünstigen Sachurteiles folgt, ebensowenig folgt aus dem Einlassungszwang des Schlichtungsverfahrens etwas über die Voraussetzungen der Schlichtungsfähigkeit, die vielmehr allein auf der materiellrechtlichen Tariffähigkeit beruht. Das tertium comparationis ist m. E. die Zulässigkeit eines günstigen oder ungünstigen Sachentscheids, d. h. eines Sachurteiles im Prozeß, eines Zwangstarifes im Schlichtungsverfahren.

Klarer tritt die Unzulässigkeit der Beweisführung zutage, wenn man (wie oben) die Notwendigkeit anerkennt, eine Tarifpflicht aufzuzeigen und nachzuweisen. Dazu sei als Beispiel, um eine Parallele zwischen Prozeß und Schlichtung zu ziehen, angenommen, daß ein Verein in seiner Satzung die Uebereignung ihm gehöriger Gegenstände verbiete. Dann kann Einlassungszwang und Ersetzung des widerstrebenden Parteiwillens durch Urteilsrechtskraft im Prozeß gegen den Verein zur Verurteilung (auf Uebereignung gewisser Gegenstände in unserem Beispiel) führen, der dazu materiell verpflichtet ist, vielleicht aus einem

37. Vgl. § 21, Abs. 4, Satz 3, 2. AVO.; ferner Gerber D. Kf. i. W. u. R., 26, 539.

38. Arbeitsrecht, 3. Aufl. S. 30/31.

Kaufvertrage oder auf Grund eines gesetzlichen Tatbestandes[39]. Einlassungszwang und Urteilsrechtskraft sind nur die Mittel, einen materiell begründeten Anspruch durchzusetzen, nicht ihn zu begründen. Sie sind als Durchsetzungsmöglichkeiten die Konsequenz seiner rechtlichen Anerkennung, Ausdrucksform und Folge eines Anspruches, nicht aber dasjenige, was den Anspruch ausmacht. Daher bedeutet die Gleichsetzung einer Verfahrensnorm mit einem materiellen Rechtsanspruch die Verwechselung von Grund und Folge[40]. Entsprechend das Schlichtungsverfahren[41]: Einlassungszwang und Verbindlicherklärung sind nur die verfahrensmäßigen Mittel, die Tarifpflicht einer Vereinigung durchzusetzen, sie zur Ausübung ihrer Tariffähigkeit auch gegen ihren Willen zu zwingen: Sie können nicht die materielle Tarifpflicht einer Vereinigung begründen, sondern setzen sie voraus[42].

II. Die materielle Tarifpflicht ist aus dem Verfahrensrecht abzuleiten.

Die richtige Lösung des Problems der gewollten Tarifunfähigkeit beruht m. E. in dem Nachweis der materiellen, gesetzlichen Tarifpflicht auf dem Wege der indirekten Herleitung aus den Verfahrensnormen der Schlichtungsverordnung. Nicht sollen[43] die Verfahrensinstitute des Einlassungszwanges und der Verbindlicherklärung Rechtsgrund der Tarifpflicht sein. Die materielle Tarifpflicht der Arbeitgeber und ihrer Verbände[44] soll vielmehr als ein vom Gesetzgeber gewollter, jedoch unvollkommen und systematisch unrichtig nur in seinen Durchsetzungsnormen kodifizierter Rechtssatz aufgezeigt werden: Jene Verfahrensinstitute sind nur Indizien eines materiellen Rechtssatzes. Vor der Ab-

---

39. Z. B. aus ungerechtfertigter Bereicherung; öffentlich-rechtliche Beispiele sind die Uebereignungspflichten auf Grund der Steuer- oder Kriegsleistungsgesetze.

40. So insbesondere Windscheid, Pandekten I, 9. Aufl. S. 191.

41. Ueber das Verhältnis des Schlichtungsverfahrens zum Prozeßverfahren s. unten III, B. 1.

42. So Pick NZ. f. AR. 6 469; Nipperdey Rechtsprechung S. 17; unscharf Gerber, S. 47.

43. Wie bei Kaskel und Fögen, s. oben I D.

44. Für die Arbeitnehmerverbände gild das Entsprechende.

leitung der Tarifpflicht selbst muß noch die gewählte Ableitungsmethode als allgemein zulässig und im vorliegenden Falle notwendig nachgewiesen werden. So ist im Folgenden zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit der indirekten Methode zu prüfen und dabei das Verhältnis von Prozeß und Recht, allgemein von materiellem und formellem Recht und von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl zu untersuchen. Neben theoretischen Erwägungen werden Beispiele aus dem früherem und dem geltenden Recht materielle Rechtsätze in der Form von Prozeß- oder allgemeiner Verfahrens-Recht zeigen. Dann bleibt noch, die so als grundsätzlich zulässig erkannte Methode unter Berücksichtigung der Eigenart der Schlichtung für den Nachweis der materiellen Tarifpflicht zu verwenden und ihre Notwendigkeit in concreto darzulegen.

A.

Zunächst ist der Nachweis zu liefern, daß die Ableitung eines materiellen Rechtssatzes aus einer formellen Verfahrensvorschrift aus grundsätzlichen Erwägungen zulässig und zuweilen geboten ist.

1. Das ergibt die gleichzeitige Verbundenheit und Gegensätzlichkeit des materiellen und formellen Rechts. Der Gegensatz dieser beiden Rechtsgebiete beruht auf der begrifflichen Scheidung der Rechtssätze – als der Bestandteile des Reiches – danach, ob sie bestimmen, was in ihrem Sinne unverletzbar (d. h. rechtmäßig) sein soll oder ob sie vorschreiben, wie die Unverletzbarkeit durchgeführt, oder im Wege ihrer Berichtigung betätigt werden kann[45]. Der Gegensatz zwischen dem Was und dem Wie verschwindet auch nicht, wenn man das Wesen des Rechtes mit Goldschmidt[46] in zwiefachem Lichte sieht: Die „materiellrechtliche Betrachtungsweise", die das Recht ansieht als ein System von Imperativen, an die Gesetzesunterworfenen gerichtet, die vorschreiben, was jeder für den anderen oder den Staat zu tun hat, kennt notwendig den Gegensatz zwischen dem Inhalte des Gebotes und der Form seiner Erfüllung. Ebensowenig kann

45. Vgl. Stammler, Theorie 2. Aufl. S. 232.
46. Prozess als Rechtslage, S. 227 ff. insbesondere 305/06.

die prozessuale Denkweise, die das Recht als Maßstab für die Urteilstätigkeit des Richters, allgemein für die Entscheidungstätigkeit des Verfahrensleiters sieht, des Gegensatzes zwischen Form und Inhalt der hypothetischen Urteile, deren System das Recht ausmacht, entbehren, mag auch jede der beiden Betrachtungsweisen die eine Seite über der anderen vernachlässigen[47]. Dennoch bedeutet jene Unterscheidung nicht, daß materielles und formelles Recht zwei Gebieten angehören, die keine Brücke verbindet, vielmehr muß bei aller Gegensätzlichkeit die gleichzeitige logische und empirische Verbundenheit beider Begriffe festgestellt werden.

Die logische Unterscheidung von Form und Inhalt trennt in ihnen Korrelatbegriffe, die nur in Beziehung aufeinander sinnvoll verwendet werden können. Es sind begriffliche Abstraktionen, die jede Erscheinung der Wirklichkeit notwendig gleichzeitig innehat. Denn „reine Form" oder das „Ding an sich" sind das Ergebnis wissenschaftlicher Abstraktion, jedoch niemals reale Erscheinungen. Auch jeder rechtliche Imperativ ist sinnlos ohne Ausübungsform, jeder Verfahrensmaßstab ohne Objekt der Formung[47]. So ergibt die Erkenntnis des Gegensatzes zwischen materiellem und formellem Recht zugleich ihre gegenseitige unlösliche Verbundenheit.

2. Dazu kommt ein weiteres Moment: Die Zurechnung eines Rechtssatzes zum materiellen oder formellen Recht, dessen Gegensatz und Verbundenheit sich soeben zeigte, ist ein Akt wissenschaftlicher, einteilender Erkenntnis. Sache des Gesetzgebers ist es dagegen, im Gesetzesbefehl der wissenschaftlichen Scheidung Rechnung zu tragen. Es ist Sache seiner wissenschaftlichen Erkenntnis, seines gesetzgeberischen Willens, ob er formelles und materielles Recht voneinander gesetzestechnisch scheidet, oder ob er es der wissenschaftlichen Erkenntnis anheimstellt, das Wesen eines Rechtssatzes aus der unwesentlichen Gestaltung des Gesetzesbefehles herauszuschälen und nach den allgemeinen Grundsätzen (s. oben 1) zu entwickeln. Ist doch der Gesetzesbefehl nicht Bestandteil des Rechtssatzes, sondern der Staatsakt, der ihn in Geltung setzt[48]. Daher ist es durchaus möglich, ein inhaltlich

47. Vgl. Goldschmidt, a. a. O. insbesondere S. 305/06.
48. Goldschmidt, S. 230.

durch seinen irreführenden Gesetzesbefehl scheinbar formelles Gesetz dem materiellen Recht zuzuweisen, aus der Erkenntnis heraus, daß das Wesen des Rechtssatzes nicht der gewählten, zufälligen, gesetzestechnischen Form entspricht.

3. Die Rechtssetzungsmethode des modernen deutschen Gesetzgebers ist in der Regel die, daß er dem inneren Unterschied von materiellem und formellem Recht auch im Gesetzesbefehl zu entsprechen sucht. So hat das Zivilrecht (im Gegensatz zum römischen Recht)[49] eine bewußte Trennung beider Gebiete vorgenommen und so die materiellen „Gesetzbücher" (BGB., HGB.) von den formellen „Ordnungen" (ZPO., Grundbuchordnung) geschieden oder innerhalb eines Gesetzes den materiellen von dem formellen Teile getrennt. (Konkursrecht — Konkursverfahren der Konkursordnung) Das gleiche gilt für StGB. und StPO., obgleich auch das materielle Strafrecht herkömmlich in prozessualer Färbung gesetzt wird[50].

Daher ist es zunächst jedenfalls vom Boden des positiven Rechtes aus methodisch bei aller grundsätzlichen Verbundenheit des materiellen und formellen Rechtes in diesen Gebieten nicht möglich, den Willen des Gesetzgebers zur Setzung eines materiellen Rechtssatzes aus einer Verfahrensnorm zu entnehmen. Niemand wird einen Rechtssatz des Eherechtes aus den Vorschriften der ZPO. über das Ehescheidungsverfahren entnehmen. Da diese Trennung von Recht[51] und Verfahren der modernen Rechtsauffassung entspricht[52], ist es unrichtig, die Verfahrensnormen der Schlichtungsverordnung als solche materiell-rechtlich zu werten[53]. Jedes Verfahren im privaten oder öffentlichen Recht eröffnet nur die allgemeine Möglichkeit, nur die Aussicht auf Durchsetzung eines materiellen Anspruches, kann ihn aber nicht begründen[54].

4. Die gesetzgeberische Trennung von materiellem und formellem Recht als Prinzip der modernen Gesetzgebungstechnik darf jedoch nicht die Erkenntnis trüben, daß diese Methode das

---

49. Vgl. unten zu 4.
50. Vgl. unten zu 4.
51. Recht hier als materielles Recht verstanden.
52. S. oben zu 1.
53. So die Beweisführung Kaskels u. Fögens. S. oben III D.
54. S. oben zu 2.

Ergebnis eines gesetzgeberischen Willensaktes ist, ohne daß die Form, die der Gesetzesbefehl einem Rechtssatz aufprägt, für seinen materiellen oder formellen Wesensinhalt grundsätzlich entscheidend zu sein braucht[55]. Vielmehr läßt sich der Nachweis führen, daß der Gesetzgeber in früheren Zeiten und auch an mehreren Stellen des geltenden Rechtes Rechtssätzen unzweifelhaft materiellen Inhalts Verfahrensform aufprägte. Dazu kommt, daß die prozessuale Betrachtungsweise mancher Gesetze oder Rechtssysteme besonders dazu verleitet, Form und Inhalt der hypothetischen Urteile, die nach prozessualer Anschauung das Recht ausmachen, miteinander zu vereinigen und ihrer Gegensätzlichkeit nicht bewußt zu werden. Dafür seien einige Beispiele aufgeführt, die zeigen sollen, daß die Ausprägung eines Rechtssatzes, die ihm der Gesetzesbefehl aufdrückt, mit seinem wahren Inhalt nicht immer übereinzustimmen braucht.

a) Geschichtliche Beispiele für die gesetzgeberische Vermischung materiellen und formellen Rechtes lassen sich leicht erbringen. Ist doch die Herausarbeitung des Gegensatzes ein Ergebnis der modernen Rechtswissenschaft, der Erfolg einer begrifflichen Abstraktion, die dem naiven Denken notwendig fernliegen muß. Dazu kommt die empirische Tatsache, daß der primäre Akt einer Gesetzgebung dem natürlichen Denken gemäß die Einsetzung eines Gerichtes ist, das berufen ist, Recht zu sprechen, Recht zu finden[56]. Dem praktischen Denken liegt die Einsetzung eines Gerichtes und die Schaffung eines Durchsetzungsverfahrens näher, als die Statuierung abstrakter Normen, deren Verwirklichung ohne Durchsetzungsmöglichkeit nicht erzwungen werden kann[57]. Ist es doch kein Zufall, daß das Wort „Recht" in den alten Quellen[58] zugleich und wahrscheinlich anfänglich allein die Bedeutung „Gericht" hatte. Noch heute wird es in beiden Bedeutungen gebraucht.[59] Das gleiche ist für das

55. Vgl. das zu II D Gesagte.

56. Ueber das grundsätzliche Verhältnis von Prozeß und Recht vgl. vor allem Rosenstock, Grundlagen JW. 22 S. 560 Industrierecht, S. 165 ff.

57. Vgl. unten B 2.

58. Vgl. Grimms Wörterbuch 8, S. 364 ff.

59. Beispiele: Rechtsgang, Rechtshilfe, Rechtskraft. Vgl. Goldschmidt, S. 211.

Wort jus festzustellen, das ebenfalls zugleich Gericht im Sinne von Gerichtsstelle bedeutet, so in der Wendung „Verfahren in jure". Hinzu kommt im römischen Recht die Verbindung des materiellen Privatrechts mit dem Rechtsschutzanspruch, dem materiellen Justizrecht im Sinne Goldschmidts, zu einem einheitlichen Begriff der actio: dem römischen Recht war die gerichtliche Verfolgbarkeit eines Anspruchs Ausdruck, nicht wie im heutigen Recht Ausfluß, Folge des Rechtes[60]. Es kann für unsere Zwecke dahingestellt bleiben, ob das Aktionsrecht materielles Justizrecht im Sinne Goldschmidts war, jedenfalls ist es von der Verquickung materieller Imperative und prozessualer Durchsetzungsmöglichkeiten beherrscht.

Aehnliches lassen die deutschen Rechtsquellen erkennen. Das beste Beispiel[61] ist die peinliche Gerichtsordnung Karl V. von 1532[62], die „ein begrieff wie und welcher Gestalt inn peinlichen Sachen und Rechtfertigungen dem Rechten und Billigheit am gemessesten gehandelt werden mag", geben wollte. Sie ist dementsprechend als Prozeßgesetz gefaßt und enthält das materielle Strafrecht als Teil der Lehre vom Urteil unter dem Gesichtspunkt „wie man Missetäter bestrafen soll[63]".

b) Das System der gegenwärtigen deutschen Rechtsordnung steht — wie die wissenschaftliche Erkenntnis — grundsätzlich auf dem Boden der begrifflichen Trennung zwischen materiellem und formellen Recht[64]. Das hindert aber nicht, in einigen Fällen materiellrechtliche Gesetze in der Form von formellen Verfahrensvorschriften oder umgekehrt zu kodifizieren. Wo der Gesetzgeber — namentlich in Zeiten überstürzter Gesetzgebung — im Einzelfall die Zugehörigkeit der oder jener Vorschrift nicht genau erkennt oder wo er aus dem technischen Grunde des Zusammenhanges über das Kodifizierungsprinzip der grundsätzlichen Trennung hinwegsieht, finden sich Rechtssätze in einer ihnen nicht

60. Vgl. Windscheid-Kipp I, 9. Aufl., S. 189.

61. Da sie eine amtliche Gesetzeskodifikation darstellt.

62. Textausgabe von Zöpfl, 2. Aufl. 1876.

63. Art. 104: „Es wirt hernach von etlichen peinlichen Strafen wann und wie die gedachtem Recht, guter Gewonheyt und Vernunft nach gehandelt geschehen sollen, gesatzt."

64. Vgl. oben 3.

zukommenden Form gesetzt. Das sollen einige Beispiele aus verschiedenen Gebieten belegen, die sich leicht vermehren ließen.

aa) Das Strafgesetzbuch enthält einmal eine erhebliche Menge rein prozessualer Normen, z. B. die Bestimmung, daß gewisse Rechtsfolgen eines Deliktes im Urteile ausdrücklich ausgesprochen erklärt oder bestimmt werden sollen (z. B. § 200, 335)[65]. Weiter werden eine Reihe materieller Strafbestimmungen in der prozessualen Verkleidung des „. . . ist zu erkennen" getroffen (z. B. §§ 261, Abs. 2, 262, 264 usw.) Ja man muß die gesamte Technik des StGB. als prozessuale Einkleidung des materiellen Inhaltes ansehen, da in dem „. . . wer . . . wird . . . bestraft" keineswegs nur etwas über den Inhalt eines über einen ergriffenen Täter zu verhängenden Urteiles gesagt werden soll. Vielmehr enthält die prozessuale Form zugleich die materielle Norm[65], den imperativen Rechtssatz. Dabei kann es für unsere Untersuchung dahin gestellt bleiben, an wen sich die rechtlichen Imperative im einzelnen richten, ob das Strafrecht ein materielles Strafjustizrecht, d. h. ein von den Justizbehörden ausgeübtes Gewalt- oder Statusrecht des Staates über die Gewaltunterworfene darstellt[66], oder ob der Strafprozeß der Verwirklichung eines vom Strafurteilsrecht getrennten materiellen Strafanspruches dient[67]. Jedenfalls hat das StGB. die materiell rechtlichen Verbotsnormen, bezw. das materiell justizrechtliche Gewaltrecht des Staates in einer prozessual gemünzten Form kodifiziert[68].

bb) Im Staatsrecht findet sich die Setzung materiell-rechtlicher Normen in der Form einer Verfahrensanordnung einmal darin, daß die Verteilung der Macht, die Trennung der Gewalten, die Form einer verfahrensmäßigen Beteiligung der gesetzgebenden Faktoren an dem Zustandekommen eines Gesetzes angenommen hat. Deshalb sei ein Beispiel aus der Sphäre Reich und Länder gewählt, in dem die Mischung von formellem und materiellem Recht im Gesetzesbefehl besonders deutlich zutage tritt.

Das Recht des Reiches, im Falle eines Friedensschlusses mit einem auswärtigen Staate Gebietsabtretungen vorzunehmen, ohne

---

65. Binding I, 1, S. 17.
66. So Goldschmidt, vgl. z. B. Hübler Festgabe S. 85 ff.
67. So die h. M. vor allem Binding, Handbuch, I, S. 822.
68. Vgl. Goldschmidt, S. 245, Binding, S. 17.

der sonst dazu erforderlichen Zustimmung des betroffenen Landes (Art. 78, Abs. 3, Satz 1 RV.) zu bedürfen, ergibt sich nach d. h. M.[69] aus Art. 45,2: Kriegserklärung und Friedensschluß erfolgen durch Reichsgesetz. Nun steht jedoch Art. 45 im Abschnitt „Reichspräsident und Reichsregierung", nicht etwa in den Abschnitten „Reich und Länder" oder „Reichsverwaltung", in denen die gesetzgeberischen oder verwaltungsmäßigen Kompetenzen zwischen Reich und Länder abgegrenzt werden. Daher enthält Art. 45 an sich keinerlei Uebertragung eines materiellen Verfügungsrechtes auf das Reich, sondern nur eine Abgrenzung der Kompetenzen der Reichsorgane untereinander. Er bedeutet grundsätzlich gesehen nichts anderes, als das — im Gegensatz zur früheren Regelung — Kriegserklärung und Friedensschluß nicht dem Reichspräsidenten als Nachfolger des Kaisers[70] obliegen, sondern, da sie der Form eines Reichsgesetzes bedürfen, den gesetzgebenden Reichsorganen zustehen[71]. Dennoch steckt hinter dieser staatsverfahrensmäßigen Abgrenzung der funktionellen Zuständigkeit der Reichsorgane untereinander ein nicht ausgesprochener Rechtssatz des (materiell verfassungsmäßigen) Inhaltes: Das Reich kann bei Friedensschlüssen über Ländergebiet frei verfügen, ohne an die sonst erforderliche Zustimmung der Länder gebunden zu sein[72]. Hier ist also in der Form einer Zuständigkeitsregelung zwischen Organen desselben Subjektes, in der Form einer Verfahrensregelung, ein materieller Rechtssatz, ein Verfügungsrecht des Reiches über Ländergebiet, gesetzt wurde.

cc) Für das Verwaltungsrecht gilt das zum Staatsrecht Gesagte; jedoch gibt hier die unregelmäßige und begrifflich nicht immer klar durchdachte Gesetzgebungstechnik der zeitlich äußerst verschieden entstandenen Gesetze noch weiteren Spielraum für die gesetzgeberische Vermischung von materiellem und formellem Recht. Hier sollen nur einige Beispiele genannt werden.

---

69. Vgl. Anschütz S. 162. Heckel Archiv des öffentl. Rechts N. F. 7 S. 219.

70. Vgl. Artikel 11 der alten Reichsverfassung.

71. So mit Recht Nawiasky in LZ. 1919, 943 ff. und im Bayerischen Verfassungsrecht S. 31.

72. Vgl. Anschütz und Heckel a. a. O. Diesen Gesichtspunkt verkennt Nawiasky.

Das preußische Zuständigkeitsgesetz, das an sich „die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden“ regeln will, enthält namentlich im Wegerecht eine Reihe materiell rechtlicher Normen in der Form von Verfahrensvorschriften (Vgl. z. B. § 55, Satz 2 und 3, § 56, Abs. 8, § 57)[73]. Aehnlich ist im Fürsorgerecht der allgemeinen Tendenz, die Empfänger der Fürsorgeleistungen aus „Hilfsbedürftigen“[74] zu „Fürsorgeberechtigten“[75] zu machen, ihnen also ein Recht auf Fürsorge einzuräumen, dadurch Rechnung getragen, daß ihnen gegen die Ablehnung der Fürsorge ein formelles Beschwerdeverfahren eröffnet wurde[76]. Das Recht des öffentlichen Einspruches ist die verfahrensrechtliche Form der Verleihung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches gegenüber dem Fürsorgeträger.

dd) Als letztes Beispiel sei ein arbeitsrechtliches[77] genannt, in dem die Kodifizierung eines materiellen Rechtes in Verfahrensform besonders deutlich hervortritt. In den §§ 84 ff des Betriebsrätegesetzes ist das Recht der Arbeitnehmer geregelt, sich mit einem Einspruch an den Gruppenrat in den Fällen der (regelmäßigen) Kündigung zu wenden, die aus außersachlichen Gründen erfolgen oder eine unbillige Härte darstellen. Hierin liegt[78] ein doppeltes Recht begründet: Neben dem formellen Verfahrensrecht des Einspruches wird durch das Gesetz ein materielles Recht des Inhaltes für den Arbeitnehmer begründet, von seinem Arbeitgeber die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den näher bezeichneten Voraussetzungen (§ 84) verlangen zu können[78]. Das formelle Einspruchsrecht ist nur der Weg, das materielle Einspruchsrecht, das Recht auf Weiterbeschäftigung aus oder in Nachwirkung des Arbeitsvertrages, geltend zu machen[78]. Der Grund dafür, einen materiellen Rechtssatz des Arbeitsrechtes in der verfahrensmäßigen, also systematisch unrichtigen Form zu

73. Vgl. Berner bei Brauchitsch, I, 144.

74. In der Terminologie des bisherigen Fürsorgerechts.

75. In der Terminologie der Novelle zur Fürsorgeverordnung vom 8. Juni 1926.

76. Ueber den seit der Novelle Vertreter der Fürsorgeberechtigten mit zu entscheiden haben (§ 20 d. preuß. AVO.)

77. Vgl. für das im Arbeitsrecht besonders hervortretende Verhältnis von Recht und Gericht unter B 2 und Rosenstock, Grundlagen. JW. 22, 560.

78. Vgl. Kaskel[2] a. a. O. S. 123/24.

kodifizieren, ist in der Entstehungsgeschichte jener Bestimmung zu suchen, die sie als umkämpftes und in ihrem Wesen vom eiligen Gesetzgeber nicht klar erkanntes Rechtsinstitut zeigt[79].

So gibt auch das geltende Recht Beispiele für die inkorrekte Gesetzgebungstechnik, materielles Recht in formeller Prägung zu setzen.

B.

Es bleibt zu zeigen, daß die grundsätzlich zulässige und nicht selten notwendige indirekte Methode des Nachweises eines materiellen Rechtssatzes aus formellem Verfahrensrecht die richtige Lösung der Frage nach dem Rechtsgrund der Tarifpflicht gibt. Dazu ist der Ableitung der Tarifpflicht selbst noch eine Rechtfertigung der Methode im Schlichtungsrecht und insbesondere für die Tarifpflicht vorauszuschicken.

1. Zunächst ist nachzuweisen, daß der Gegensatz zwischen Schlichtung und Rechtsprechung[80], so bedeutsam er ist, unter dem hier erforderlichen Gesichtspunkt betrachtet, keine erhebliche Rolle spielt, da er beider Wesen als formelle Verfahrensrechte nicht berührt.

a) Das Wesen der Rechtsprechung ist die Subsummierung eines Tatbestandes unter die Normen des objektiven Rechts, das der Schlichtung dagegen die Herbeiführung der Setzung objektiver Arbeitsnormen[81]. Gegenstand der Rechtsprechung ist die Entscheidung von Einzelstreitigkeiten, die Schlichtung dagegen dient der Beilegung von Gesamtstreitigkeiten. Der Prozeß entscheidet nach den Gesichtspunkten von Recht und Unrecht des Anspruches nach juristischer Logik, während die Schlichtung die beiderseitigen Interessen unter Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Machtstellung nach Zweckmäßigkeit und Billigkeit abwägt[82].

b) die Schlichtung muß daher ihrem Wesen nach als Verwaltungstätigkeit[82] angesehen werden, als Ausgleich des Kampfes zwischen den Mächten auf dem Arbeitsmarkte[83], um das erwünschte Ziel des

79. Vgl. Günther, S. 33.
80. Vgl. Erdel, Schl. W. 9, 161.
81. Vgl. Kaskel 2. Aufl. S. 181/82.
82. Vgl. Kaskel[2], S. 181/2 und Walder, NZ. f. AR. 23, 742.
83. Im Sinne Rosenstocks Industrierecht S. 186.

Arbeitsfriedens herbeizuführen. Sie hat die gleiche Aufgabe wie die vom Reichswirtschaftsminister und vom Kartellgericht ausgeübte Kartellaufsicht, die in den Kampf zwischen den Mächten des Warenmarktes[84] durch Verbot monopolistischer einseitiger Preisgestaltung usw. im öffentlichen Interesse eingreift[85]. Wie die Kartellaufsicht übt der Staat die Aufsicht über die Mächte des Arbeitsmarktes in erster Linie durch staatliche Schlichtungsbehörden aus, soweit nicht die Beteiligten dem staatlich verfolgten Streben durch eigene, tariflich eingesetzte Schiedsstellen entsprechen, deren Anerkennung jedoch auf gesetzlicher Delegation[82] beruht (§ 3 Schlichtungsverordnung, § 14 Kartellverordnung).

c) Dennoch ist die indirekte Ableitungsmethode auch für das Schlichtungsrecht verwendbar; denn die Schlichtung ist eine eigenartige Verwaltungstätigkeit, ein besonderes Verwaltungsverfahren, dessen Ablauf durch Gesetz im Einzelnen geregelt ist. Als Verwaltungsverfahren[86] fällt die Schlichtung wie die streitige oder die freiwillige Gerichtsbarkeit unter den Begriff des Verfahrensrechtes, nur nicht als Justiz- sondern als Verwaltungsverfahren, das bei aller Verschiedenheit im Einzelnen zum materiellen Zivil- oder Verwaltungsrecht im gleichen Verhältnisse steht. Die gleichen Grundsätze von wechselseitigem Gegensatz und gegenseitiger Verbundenheit, wie wir sie für materielles und formelles Recht aufgezeigt haben, beherrschen das Verhältnis zwischen Verwaltungsverfahren und materiellem Verwaltungsrecht[87], zwischen Tarifrecht und Schlichtung. Daher steht das Wesen der Schlichtung als eines besonderen Verwaltungsverfahrens den allgemein geltenden Grundsätzen über das Verhältnis des materiellen und formellen Rechtes und über die Anwendung dieser Grundsätze in der Gesetzgebungstechnik n i c h t entgegen.

2. Noch bedarf es des Nachweises, daß die abstrakt im Schlichtungsrecht zulässige Ableitungsmethode auch für den Nachweis der Tarifpflicht notwendig und zulässig ist.

---

84. Ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Wirtschaftsmächte. Vgl. § 1 Kartell V.O.; Rosenstock S. 99; Vgl. auch oben erster Hauptteil zu I B 1.

85. Vgl. Rosenstock S. 76 ff.

86. Nicht Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. Kaskel, S. 282 ferner Dersch Rechtsprechung S. 130 ff.

87. Vgl. die Beispiele A 4 b.

a) Die Notwendigkeit, eine Tarifpflicht der Verbände aus dogmatischem Grunde nachzuweisen, ist bereits oben (I) hervorgehoben worden, als die Unzulänglichkeit der bisherigen Lösungsversuche dargetan wurde. Hier ist noch ergänzend hinzuzufügen, welche Gründe, geschöpft aus dem erkenntlichen Willen des Gesetzgebers, für den beabsichtigten Nachweis der Unzulässigkeit der gewollten Tarifunfähigkeit, positiv der Tarifpflicht der Kampfparteien sprechen:

Die Reichsverfassung steht[88] grundsätzlich auf dem Boden der kollektiven Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch die Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ihre Organisationen und damit, wie der Zusammenhalt mit dem Novemberabkommen ergab, auch auf dem Boden der Verbandstarife, ohne damit positiv gesetzlich die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit abschließend zu regeln[88]. Das gleiche ergeben Tarifverordnung und Schlichtungsverordnung, die den eigentlichen[89] Arbeitgeberverbänden die aus der Arbeitgebereigenschaft ihrer Mitglieder[90] folgende tarifliche Rechtsstellung verleihen, ohne ihren Willen mehr zu berücksichtigen, als den des Einzelarbeitgebers: Die gleichen Gründe, die dem Einzelarbeitgeber mit seinem Kampfrecht zugleich die Friedenspflicht auferlegen, sobald ihre Voraussetzungen gegeben sind[94], binden die Arbeitgeber auch dann, wenn sie zur Stärkung ihrer Kampfposition sich zu Verbänden zusammenschließen, um durch diese neu gebildeten Mächte ihre Stellung auf dem Arbeitsmarkte noch erfolgreicher wahren zu können. Die grundsätzliche Gleichstellung der Einzelarbeitgeber und ihrer Verbände mußte daher Grundgedanke des Tarifgesetzgebers sein. Obgleich nun die von Silberschmidt und Richter[91] verfochtene Theorie von der Beachtlichkeit des Tarifwillens, folgerichtig durchgeführt, auch für den Einzelarbeitgeber Geltung haben müßte, wird diese, die Beweisführung ad absurdum führende Folgerung nirgends gezogen[92], offenbar, weil sie in schärfstem Gegensatz zu dem erkennbaren Grundgedanken des gesamten Tarif- und Schlichtungs-

88. Siehe oben II B.
89. D. S. den tariffähigen s. o. ersten Hauptteil I B.
90. Vgl. Buddeberg, Schl. W. 8, S. 180, Mikosch, AR. 13, S. 51.
91. S. oben erster Hauptteil III.
92. Vgl. Nipperdey, Rechtsprechung S. 10, Anm. 6.

rechtes steht. Der Zweck der Schlichtung geht[93] nach dem Willen des Gesetzgebers dahin, zur Wiederherstellung oder Erhaltung des Arbeitsfriedens die widerstreitenden Interessen der sozialen Gegenspieler im öffentlichen Interesse auszugleichen, wenn nötig im Wege des Zwanges gegen den ausdrücklichen Willen einer oder beider Parteien.

So läßt der konkrete, erkennbare Wille des Gesetzgebers das Vorhandensein einer materiellen, nur undeutlich kodifizierten Rechtspflicht zum Tarifvertrage vermuten.

b) Der Nachweis des materiellrechtlichen Inhaltes eines formell geprägten Gesetzesbefehles erfordert im Einzelfall noch den Nachweis, daß der Gesetzgeber den begrifflichen Unterschied bei der Rechtssetzung nicht erkannte, oder ihm aus anderen Gründen nicht Rechnung trug. Die Behauptung jedoch, daß der — vielleicht notwendig — überstürzte Erlaß der arbeitsrechtlichen Gesetze (die Tarifverordnung erging nur sechs Wochen nach dem Aufruf der Volksbeauftragten) ihre systematische Durcharbeitung verhinderte, bedarf kaum des Beweises. Als Beispiel für die nachlässige Gesetzgebungstechnik sei[95] nur an den durch die Schlichtungsverordnung ersetzten § 20, Abs. 1, Satz 2 der Tarifverordnung erinnert, der dem Wortlaute nach das selbständige Recht der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände, die Schlichtungsbehörden anzurufen, auf die Fälle der „Durchführung" von Tarifverträgen beschränkte und damit dennoch unzweifelhaft die Fälle der beabsichtigten Herstellung von Tarifverträgen meinte[96].

Dazu kommt noch die oben erwähnte, rechtsgeschichtliche Erfahrungstatsache, daß der primäre Akt einer jungen Gesetzgebung, die sich nicht auf die Proklamierung allgemeiner Grundsätze beschränken will, die Einsetzung eines Gerichtes und die Schaffung eines Verfahrens vor ihm ist, allgemein gesehen, daß zeitlich meist das Verfahren vor dem materiellen Rechte steht[98]. Ist doch die Schaffung des besten materiellen Rechtes wertlos, solange seine Verwirklichung nicht durch ein Verfahren vor be-

93 Vgl. ersten Hauptteil III. A.

94. Ueber sie im Einzelnen vgl. unten IV C.

95. Neben dem zu III 4b genannten Beispiele aus dem Betriebsrätegesetz.

96. Vgl. im einzelnen Finke, S. 32 ff.; Reichsgericht JW. 24, 1594.

stimmten Stellen gewährleistet wird[97]. Was lag also für den rechtstechnisch nicht allzu geübten Arbeitsrechtsgesetzgeber näher, als über der Anordnung von Verfahrensstellen und -maßstäben die rechtsdogmatisch erforderliche Setzung der materiellen Imperative der Form nach zu vernachlässigen? Alle diese Gründe lassen also die gewählte Ableitungsmethode nicht nur allgemein zulässig, sondern im Tarifrecht darüber hinaus als gerechtfertigt und geboten erscheinen.

3. Der Nachweis einer materiellen Tarifpflicht aus den formellen Bestimmungen des Schlichtungsverfahrens stützt sich auf folgende Verfahrensinstitute als Indizien einer hinter ihnen stehenden, materiellen Rechtspflicht:

a) § 5 Schl. V. O. und § 12, 2 AVO.[99] bestimmen, daß die Schlichtungsbehörden auf Anruf einer Partei oder von Amtswegen tätig werden, von Amtswegen dann, wenn es das öffentliche Interesse erfordert. Was für einen Erfolg soll nun aber ein Eingreifen der Schlichtungsstellen für das öffentliche Interesse an der Erhaltung oder Wiederherstellung des Arbeitsfriedens haben, wenn jede Partei es in der Hand hätte, sich durch privaten Willensakt dem Verfahren als solchen[100] oder einer Sachentscheidung[101], d. h. der Herbeiführung eines Arbeitsfriedenabkommens zu entziehen? Offenbar setzte der Gesetzgeber damit den materiellen Rechtssatz voraus, ohne ihn ausdrücklich als solchen zu formulieren, daß jede Partei des Arbeitskampfes im öffentlichen Interesse sich das Eingreifen staatlicher Stellen gefallen lassen müsse; ein Eingreifen, sicherlich nicht bloß um seiner selbst willen, d. h. um durch einen Verfahrensentscheid zu enden sondern um eine Einigung herbeizuführen oder notfalls zu erzwingen.

b) Der gleich Gedanke spricht aus dem an sich rein verfahrensrechtlichen Einlassungszwang[102], der nicht in der echten

97. Man denke, um ein Beispiel der neueren Zeit zu nennen, an das Recht der Ministeranklage in der der alten preußischen Verfassung Art. 61), das mangels einer ausführenden Verfahrensregelung auf dem Papier stehen blieb. Rönne-Zorn 5. Aufl., S. 368.

98. Vgl. Rosenstock, Grundlagen, JW. 22, 560 und oben A. 4a.

99. Vgl. hierzu Jörges, Schl. W. 8, S. 21.

100. Vgl. Nipperdey Rechtsprechung S. 17; JW 27, 259.

101. Vgl. oben II D.

102. Vgl. oben II D.

Rechtspflicht zum Erscheinen (§ 15, Abs. 5, 16, 2. AVO.), sondern in der Möglichkeit liegt, beim Nichterscheinen einer Partei trotz ordnungsmäßiger Ladung zur Sache zu verhandeln, und — bei genügender Klärung des Sachverhalts — auch eine Entscheidung zu fällen[103.104] Auch hier kann das Verfahrensinstitut des Einlassungszwanges zwar nicht eine materiell beachtliche Tarifunwilligkeit brechen, sondern die Partei nur in ein Verfahren ziehen, das an sich aus formellen oder materiellen Gründen[105] ohne Sachentscheid enden kann. Gleichwohl ist der Einlassungszwang beim Fehlen anderweitiger, materieller Rechtsnormen für eine hinter ihm stehende, materielle Gesetzespflicht der Parteien ein sicheres Anzeichen, ein Anzeichen dafür daß sie sich dem staatlichen Schlichtungszwang mit der Wirkung unterwerfen müssen, daß der Staat sein materielles Ziel, der freiwillige oder erzwungene Abschluß eines Arbeitsfriedenabkommens, erreichen kann.

c) Das gleiche ergibt das Verhältnis der staatlichen und tariflich vereinbarten Schlichtungsstellen gemäß § 3 SchlVO. u. § 9d u. 2. AVO.[106]. Dort ist das Tätigwerden der staatlichen Organe davon abhängig gemacht, daß eine vereinbarte, private Schlichtungsstelle entweder nicht besteht oder gleichwohl den Abschluß einer Gesamtvereinbarung nicht herbeiführt. Hieraus läßt sich der materiellrechtliche Gedanke des Gesetzgebers entnehmen, daß es in erster Linie Sache der sozialen Gegenspieler ist, sich über die Lohn- und Arbeitsbedingung zu einigen; denn in der Regel wird sie ihr eigenes Interesse zu dem allgemein erwünschten Ziel des Abschlusses eines Arbeitsfriedens drängen. Wenn aber die Parteien die ihnen so eingeräumte Autonomie nicht im allgemeinen Interesse ausüben wollen oder können, ist es Sache des Staates als des Vertreters der Allgemeinheit, durch seine staatlichen

103. Vgl. Richtlinien für das Schlichtungsverfahren RABl. 1920, Nr. 5.

104. Es handelt sich nicht um ein Versäumnisverfahren, wie es der Zivilprozeß kennt, sondern um das im Verwaltungsprozeß übliche Verfahren der freien Würdigung des Nichterscheinens einer Partei (Vgl. § 79 Pr. Landesverw. Ges., §§ 253, 258 R. Abg. Ordnung).

105. Z. B. wegen mangelnder Tariffähigkeit.

106. Vgl. Jörges, Schl. W. 8, S. 21.

Organe das erwünschte Ziel zu verfolgen und den Abschluß eines Arbeitsfriedensabkommens herbeizuführen[107].

d) Die Verbindlicherklärung (§ 6 SchlVO.) §§ 25, 23 der 2. AVO.) eines Schiedsspruches staatlicher oder vereinbarter Schlichtungsstellen ist trotz ihrer verfahrensrechtlichen Natur als eines prozessualen Ersatzgeschäftes analog § 894 ZPO.[108] ein sicheres Anzeichen einer hinter ihr stehenden, begrifflich materiellen Rechtspflicht zum Tarifvertrag. Gewiß ist sie an sich nur das verfahrensmäßige Mittel, mit Hilfe einer Fiktion die von einer Person auf Grund einer Verpflichtung abzugebende Willenserklärung zu erzwingen, nicht der Rechtsgrund für die Pflicht zur Abgabe der Willenserklärung. Ihr bestes Gegenstück[109] findet die Verbindlicherklärung in der Zwangsetatisierung[110] des preußischen Verwaltungsrechtes (vgl. § 19, 4; 35 Zuständigkeitsgesetz, § 141 Landgemeindeordnung; §§ 72, 181, Kreisordnung; § 121 Provinzialordnung). Wie jene ist sie das Zwangsmittel[111] des Staates, autonome Selbstverwaltungskörper zur Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Pflichten zu zwingen, wenn an ihrer Erfüllung ein öffentliches Interesse besteht[112]. Gewiß kann man aus der Zwangsetatisierung nicht die Pflicht der Gemeinden usw. zur Erfüllung der ihnen obliegenden Leistungen entnehmen, da sie nur ihre Erzwingung, nicht ihre Begründung regelt. Der Grund dafür ist darin zu suchen, daß der Gesetzgeber jene Pflichten in den Gemeindeordnungen, im Schulunterhaltungsgesetz, in der Wegeordnung und ähnlichen Gesetzen systematisch richtiger kodifiziert hat. Anders die Verbindlicherklärung, die als verfahrensrechtliches Institut sinn- und zwecklos in der Luft schweben müßte[113], wenn der Gesetzgeber nicht in der Verfahrensform zu-

107. Das zugleich gegen die Theorie von der Verbandsautonomie und Vereinigungsfreiheit als Stütze der gewollten Tarifunfähigkeit. S. oben erster Hauptteil III.

108. Oder § 113 III, 1358 BGB., 108 GO., vgl. Kormann S. 123.

109. Auch Gerber (Gutachten S. 47) vergleicht Verbindlicherklärung und Zwangsetatisierung, ohne jedoch das entscheidende tertium comparationis, die Tarifpflicht, zu erkennen.

110. Vgl. Helfritz, Grundriß des preuß. Kommunalrechts, 2. Aufl. S. 63 ff. Weinreich in Handw.-B. d. Komm. Wiss. IV., 620.

111. Helfritz a. a. O.; OVG. 40, 132.

112. Für das Erfordernis des öffentl. Interesses bei der Zwangsetatisierung OVG. 61, 45.

gleich die materiellrechtliche Verpflichtung der autonomen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände ausgesprochen hätte, die Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Gesamtvereinbarungen der beiderseitigen Organisationen zu regeln, mit dem Vorbehalt, ihr Nichtwollen oder -können durch sein Eingreifen zu beseitigen.

So ergeben m. E. verschiedene Stellen des Schlichtungsverfahrens die Kodifizierungstechnik des Arbeitsrechtsgesetzgebers, in der Verfahrensform materielles Recht zu setzen und beweisen damit die materielle Tarifpflicht.

IV. Die Tarifpflicht im Einzelnen.

Es bleibt noch die Tarifpflicht im einzelnen kurz zu umreißen, und so den Kreis der von ihr Betroffenen, ihr Wesen, ihren Inhalt, ihre Ausübung und Geltendmachung zu zeigen.

A.

Der Kreis der Betroffenen.

1. Die Ableitung der Tarifpflicht aus dem Schlichtungsverfahren ergibt als Träger des Rechtes auf Abschluß eines Tarifvertrages[114] notwendig den Staat als Vertreter der Allgemeinheit: Die staatlichen Schlichtungsstellen erzwingen den Tarifabschluß zwar oft auf Antrag des sozialen Gegners; sie sind aber keineswegs von einem Antrag abhängig und können einen Abschluß auch dann erzwingen, wenn beide Parteien dem Abschluß des Tarifvertrages verweigern[115]. Entscheidend ist, daß die staatlichen Organe, d. h. der Staat, den Abschluß nach pflichtmäßigem Ermessen aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen für erforderlich hält. Hieraus folgt in Anwendung der indirekten Ableitungsmethode, daß der Staat Träger des Rechtes auf Abschluß des Tarifvertrages ist, die er durch seine Organe[116] ausübt und geltend macht[117].

113. Das verkennt Gerber Gutachten S. 47.

114. Analog dem Rechte des Staates auf Herstellung des polizeigemäßen Zustandes durch den Polizeipflichtigen.

115. Wie es neuerdings immer häufiger aus taktischen Gründen Unsitte zu werden scheint.

116. Schlichtungsausschüsse, Schlichter, Reichsarbeitsminister.

117. A. A. Finke, S. 17, der einen privatrechtlichen Tarifanspruch der Gewerkschaften aus dem Novemberabkommen annimmt.

2. Tarifpflichtig, d. h. zur kollektiven Regelung der Arbeits- und Lohnbedingungen verpflichtet, sind die in § 1 TVO. genannten sozialen Kampfparteien, also die Einzelarbeitgeber und die eigentlichen, d. h. tariffähigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen, und zwar in gleicher Weise[118], ohne daß ihr Wille, grundsätzlich oder im Einzelfall keine Tarifverträge zu schließen, Rücksicht fände und ohne daß irgendwelche Rechtsgründe ihnen die Möglichkeit böten, sich der Tarifpflicht zu entziehen; nur der Wegfall der Tarifpflichtsvoraussetzung, d. h. der Arbeitgeber- und Arbeitnehmereigenschaft kann durch den Willen der Verbände erzielt werden, wenn sie sich auflösen oder zu Unternehmerverbänden (im engeren Sinne) oder Sportverbänden z. B. umgestalten[119] oder wenn sie der Tarifpflicht genügen.

B.

Das Wesen der so den Parteien des Arbeitskampfes dem Staate gegenüber obliegenden Tarifpflicht ist in Zusammenhalt mit der Natur des geltenden Tarifrechtes als eine öffentlich-rechtliche, gesetzliche Pflicht zur Ausübung der Tarifautonomie zur Herstellung und Erhaltung des Arbeitsfriedens zu fassen[120]. Sie beruht auf gesetzlicher Anordnung, die allerdings technisch in die mißverständliche Form eines Verfahrensrechtes gekleidet wurde (s. oben). Sie ist das Gegenstück der den Tarifparteien vom Staate eingeräumten Tarifautonomie, d. h. des Rechtes, durch Vereinbarung miteinander objektives Arbeitsrecht setzen zu können[121]. Der Staat hat sich bei Einräumung dieser weitgehenden Autonomie an die Selbstverwaltungsorgane des Tarifrechtes nicht etwa des grundsätzlich ihm allein zustehenden Gesetzgebungsrechtes gänzlich begeben und seine Ausübung der schrankenlosen Willkür des jeweiligen Beherrschers des Arbeitsmarktes überlassen. Wenn der moderne Staat sein Gesetzgebungsrecht an Selbstverwaltungskörper delegiert, sind ihm die Träger der Autonomie ver-

118. Vgl. oben erster Hauptteil I und III.

119. So wie die Auflösung einer Körperschaft den Steuertatbestand, d. h. die Voraussetzung der Körperschaftssteuer z. B. wegfallen läßt.

120. Vgl. hierzu auch Sinzheimer S. 80; ähnliche Gedanken bei Gerber Gutachten, S. 25 ff.

121. Vgl. Kaskel 2. Aufl. S. 15.

pflichtet[122], die Selbstverwaltung im öffentlichen Interesse zur Erzielung der vom Staate verfolgten allgemeinen Staatszwecke auszuüben. Er kann sie zur Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Pflichten[123] anhalten, wenn sie von der ihnen gewährten Gestaltungsfreiheit nicht den gewünschten Gebrauch machen. Der Staat will den Ausgleich der widerstreitenden Interessen soweit als möglich der freien Vereinbarung der sozialen Gegenspieler überlassen, weil und soweit dadurch zugleich seine Interessen gewahrt werden. Andernfalls greift er im Interesse der Allgemeinheit ein und zwingt die Selbstverwaltungskörper, die von ihm gesetzlich festgestellten Pflichten zu erfüllen. So sind den Gemeinden zahlreiche Pflichten durch Gesetz auferlegt worden[124], deren Erfüllung im Einzelnen Sache ihres eigenen, autonomen Willens ist. Verletzen sie jedoch in Ausübung ihrer Autonomie die ihnen gesetzlich obliegenden Pflichten, so kann sie der Staat im öffentlichen Interesse zur Einhaltung ihrer Pflichten zwingen. Dem entspricht die Tarifautonomie der Parteien des Arbeitskampfes: Der Staat gab ihnen das Recht, autonomes Arbeitsrecht zu setzen, weil er in ihren Händen, da sie die besten Sachkenner des zu regelnden Stoffes sind, die Herstellung des Arbeitsfriedens am besten gewahrt sieht. Sie haben jedoch mit dem Rechte zugleich die Pflicht erhalten, die staatlichen Zwecke der Erhaltung des Arbeitsfriedens zu betreiben. Verletzen sie diese ihre Pflicht, so greift der Staat im öffentlichen Interesse ein und zwingt sie zur Ausübung ihrer Autonomie, wie er eine Gemeinde zum Erlaß einer gesetzlich notwendigen Steuerordnung[125] oder zur Aufstellung eines den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Haushaltsplanes zwingt[126].

Ueber den gesteckten Rahmen würde die Untersuchung darüber gehen, ob es sich um einen konkreten Tarifanspruch im Sinne zivilistischer Begriffsprägung oder um den Ausfluß eines

---

122. Das verkennt Lange, vgl. erster Hauptteil, III B.

123. Den Nachweis der positiven gesetzlichen Pflicht ergibt das Schlichtungsverfahren s. oben III.

124. Als eigene oder Selbstverwaltungsangelegenheit im Sinne des preuß. Kommunalrechts, vgl. Helfritz, S. 10.

125. Vgl. z. B. § 14 Reichsfinanzausgleichsgesetz.

126. Vgl. § 19, 1 und 2. Zuständigkeitsgesetz (Zwangsetatisierung).

speziell arbeitsrechtlichen, staatlichen Gewaltrechtes analog der materiellen justizrechtlichen Anschauung des Strafrechtes[127] handelt. Jedenfalls besteht eine materielle Pflicht der Verbände analog der Polizeipflicht und der Pflicht der Gemeinden, ihre Aufgaben zu erfüllen. So ist die Tarifpflicht der Parteien des Arbeitskampfes und des Arbeitsmarktes ihrem Wesen nach staatlicher, gesetzlicher Zwang zur Ausübung der Tarifautonomie im Interesse der Erhaltung des Arbeitsfriedens.

C.

Der Inhalt der Tarifpflicht ergibt sich aus ihrer positiv gesetzlichen Regelung, sobald deren materieller Inhalt richtig gedeutet wird. Sie geht auf Herstellung des Arbeitsfriedens durch Abschluß von Kollektivregelungen der Lohn- und Arbeitsbedingungen. Jede Tarifpartei ist verpflichtet, auf Wunsch ihres entsprechenden sozialen Gegenspielers mit ihm über den Abschluß eines Tarifvertrages zu verhandeln und sich mit allen Kräften darum zu bemühen, eine Einigung über den Inhalt der neu zu setzenden Arbeitsnormen zu erzielen. Zum Abschluß eines bestimmten Vertrages sind sie jedoch nur dann verpflichtet wenn sein Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Dabei kann der konkrete Inhalt der im Einzelfall geschuldeten Pflichten vom Gesetzgeber nicht von vornherein mit solcher Bestimmtheit festgelegt werden, daß er im Einzelfall ohne weiteres abgelesen werden kann. Wie so häufig im öffentlichen Rechte[128] kann der Gesetzgeber nur allgemeine Richtlinien und Grenzen geben, aus denen das im Einzelfall Richtige zu entnehmen ist: Schlichten ist Verwalten, nicht Richten[129]. Wie das Polizeirecht seine Anforderungen von Fall zu Fall wechseln lassen muß, um seine Zwecke der guten öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu erreichen, so kann auch das Ziel der Herstellung des Arbeitsfriedens nur durch solche Anforderungen gefördert werden, die dem Einzelfall angepaßt sind. Der Rechtsstaat verlangt jedoch eine gesetzliche Begrenzung des allzuweiten Spielraumes des freien, pflichtmäßigen Ermessen der Verwaltungsbehörden. Er verlangt eine ge-

127. Im Sinne Goldschmidts.
128. Mit Ausnahme des Steuerrechts.
129. Kaskel 2. Aufl. 281.

setzmäßige, auch in ihren Mitteln beschränkte Verwaltung. So kann die Polizei nur die „nötigen" Anstalten anordnen, der Staat von den Gemeinden nur die gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen verlangen. Ebenso können die Schlichtungsbehörden nur einen solchen Tarifvertrag durchsetzen, dessen Regelungen (nach dem Wortlaut der Schlichtungsverordnung § 6) „bei gerechter Abwägung der Interessen beider Teile der Billigkeit entspricht und dessen Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist"[130]. Diesen allgemein gehaltenen Anforderungen folgend haben die berufenen staatlichen Organe im Einzelfall bei Erlaß des Schiedsspruches oder der Verbindlicherklärung den Inhalt des im Einzelfall erforderlichen Tarifvertrages nach pflichtmäßigem Ermessen festzustellen. Sie haben sich dabei der Aufgaben der Schlichtung als einer im öffentlichen Interesse erfolgenden Beilegung oder Vermeidung von Arbeitsstreitigkeiten bewußt zu sein, sie müssen bedenken, daß es nach der Absicht des Gesetzgebers nicht ihre Sache ist, die Machtlage auf dem Arbeitsmarkt zugunsten der einen oder anderen Partei zu korrigieren[131]. Soweit es nicht das staatliche Interesse erfordert, haben sie der tatsächlichen Machtlage zu entsprechen. Inhaltlich ist die Tarifpflicht ferner dadurch begrenzt, daß nicht die Bedingungen aller der Arbeitsverträge kollektiv geregelt werden müssen, die so geregelt werden können. Denn der Staat enthält sich im Tarifrecht der Einmischung solange, als nicht das öffentliche Interesse in irgend einer Form berührt wird[132], als nicht „wirtschaftliche und soziale Gründe" die kollektive Regelung erforderlich machen (§ 6 SchlVO.) Das öffentliche Interesse kann dabei auch dann schon ein Eingreifen erfordern, wenn nur die Arbeitsbedingungen weniger Arbeiter geregelt wer-

130. Daß die Einhaltung dieser Gesetzesschranken verwaltungsgerichtlich nicht nachgeprüft werden kann, ist eine Lücke im jungen Schlichtungsrecht, ändert aber die Rechtsnatur der Gesetzesschranken nicht. Auch im Polizeirecht war die Nachprüfbarkeit der „Nötigkeit" der Maßnahmen als Gesetzesschranken nicht unbestritten. Vgl. jetzt OVG. 72, S. 290.

131. Wie das polizeiliche Eingreifen nicht allgemeinen Wohlfahrtszwecken dienen darf.

132. Das öffentliche Interesse an der Erfüllung der den Gemeinden

den sollen, da nicht der Umfang sondern die allgemeine wirtschaftliche und soziale Bedeutung entscheidend ist[133].

D.

Die Ausübung des staatlichen Rechtes, die autonomen Tarifparteien zum Abschluß eines „billigen" Tarifvertrages zwingen zu können, ist Sache der zuständigen Staatsorgane, der Schlichtungsbehörden bis herauf zum Reichsarbeitsminister. Die Gestaltung des geltenden Tarifrechtes, die den Tarifabschluß in weitem Umfang in die Hände der Beteiligten legt, führte dazu, die Geltendmachung des Tarifanspruches des Staates auf die Fälle zu beschränken, in denen er selber die Interessen der Allgemeinheit bedroht und sein Eingreifen für erforderlich erachtet. Wie im Polizeirecht, wie im Rechte der Kommunalaufsicht, schreitet der Staat nicht schon wie im Strafverfahren dann ein, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, sondern nur dann, wenn er es für erforderlich erachtet: Auch die Ausübung des staatlichen Tarifanspruches steht unter dem Opportunitäts- nicht unter dem Legalitätsprinzip. Nur die parlamentarische Kontrolle und die Schadensersatzpflicht des Staates für seine in Ausübung seiner Hoheitsgewalt tätigen Beamten bei Verletzung einer ihnen Dritten gegenüber[134] obliegenden Amtspflicht (Art. 131 RV.) geben die Möglichkeit der Nachprüfung.

E.

Das Verfahren der Geltendmachung des Tarifanspruches ist das Schlichtungsverfahren. Es gibt die Möglichkeit, den materiellen Imperativ zu seiner Verwirklichung zu bringen; es ist mit Einlassungszwang und Verbindlicherklärung ein besonders ausge-

---

obliegenden Pflichten ist auch im Kommunalrecht Voraussetzung des staatlichen Eingreifens. Vgl. Helfritz S. 64 OVG. 19, 129; 23, 106; 28, 95.

133. Wie im Polizeirecht in der Gefährdung einer Einzelperson die öffentlichen Interessen dann berührt werden, wenn der Einzelne als Mitglied des Publikums in Frage steht. Vgl. OVG. im Pr. VerwBl. 40, S. 304.

134. Die hier m. E. dem sozialen Gegenspieler, d. h. der zuständigen Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervereinigung gegenüber vorliegt, da zugleich „ihre Interessen gefördert oder beeinträchtigt werden." (Enneccerus I 2, 23./27. Aufl. S. 688; für das Polizeirecht vgl. Drews-Lassar bei Brauchitsch I 23. Aufl. S. 275).

stalteter Zweig des Verwaltungsverfahrens, vergleichbar mit dem der Kommunalaufsicht, das ebenfalls als Verfahrensmittel, eine gesetzlich obliegende Pflicht zu erzwingen, ein Ersatzgeschäft kennt; dort ist es die Zwangsetatisierung, hier die Verbindlicherklärung, die die materielle Gesetzespflicht vollstreckt.

V. Die Bedeutung der Tarifunfähigkeitsklausel.

Es bleibt noch, aus der gewonnenen Erkenntnis vom Wesen und Inhalt der Tarifpflicht die wahre Bedeutung der Tarifunfähigkeitsklausel, in der sich die gewollte Tarifunfähigkeit verkörpert[135], aufzuzeigen. Das Ergebnis ist entsprechend der mehrfachen Bedeuttung der Klausel nicht einheitlich.

A.

Soweit die Klausel den Sinn hat, daß der Verband Tarifverträge gar nicht oder nur in beschränktem Umfange[136] schließen, kann, steht sie in Gegensatz zu der öffentlichen Gesetzespflicht zum Tarifabschluß; sie ist nichtig (§ 134 BGB)[137], wie eine Satzungsklausel des Inhaltes, daß der Verband nicht dem Polizeirecht unterstehe oder keine Steuern zahlen dürfe. Sie verstößt zwar nicht gegen den Wortlaut wohl aber den Inhalt eines Gesetzes.

B.

Ist die Klausel der satzungsmäßige Ausdruck der Tatsache, daß der Verband kein eigentlicher Arbeitgeberverband ist, d. h. nicht die Arbeitgeberinteressen seiner Mitglieder vertritt, sondern eine reine Standesorganisation, Unternehmerverband (im engeren Sinne) oder Sportverein darstellt, so ist die Klausel gültig: Sie hat jedoch keine weitere Bedeutung, da jene Vereinigung ohnehin nicht Partei eines Arbeitskampfes, eines Arbeitsfriedensabkommens d. h. nicht tariffähig sein kann.

---

135. Vgl. die Einleitung.

136. S. oben erster Hauptteil I B 3 d.

137. § 138, 1 BGB. mit Jörges Schl. 6 157, 7 158, 8 21 u. 9 99 anzuwenden, geht m. E. nicht an, weil der im amtlichen Reichsarbeitsblatt veröffentlichte Entwurf eines Tarifgesetzes die Klausel in § 4 berücksichtigen wollte; der Inhalt eines halbamtlichen Entwurfes kann nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

C.

Als Weisung an die Vereinsorgane[138], dahin gehend, daß sie freiwillig Tarifverträge nicht abschließen sollen[139], ist sie nur in der Sphäre zulässig, die die gesetzliche Tarifpflicht dem Parteiwillen überläßt. Sie ist gültig, insoweit sie auf solche Lohn- und Arbeitsbedingungen sich bezieht, deren kollektive Regelung nicht im öffentlichen Interesse liegt und daher von den Schlichtungsbehörden nicht verlangt wird. Praktische Bedeutung hat diese Beschränkung jedoch nicht, da es nichtnachprüfbare Ermessenssache der zuständigen Behörde ist, im Einzelfall die Regelung für nötig und erforderlich zu erachten. (s. oben IV C u. D). Sobald die Klausel jenen Bereich der Willensfreiheit überschreiten will, ist sie als Versuch, sich einer Gesetzespflicht zu entziehen, nichtig (§ 134 BGB.).

D.

Abzulehnen ist es, die Klausel nach Erkenntnis ihrer Nichtigkeit als Tarifunwilligkeit im Schlichtungsverfahren in eine Vertretungsbeschränkung des Vorstandes konvertieren zu wollen. (§ 140 BGB.)[140]. Einmal bedarf die Beschränkung der Vertretungsmacht gemäß §§ 68 und 70 BGB. zu ihrer Wirksamkeit gutgläubigen Dritten gegenüber bei rechtsfähigen Vereinen[141] der Eintragung ins Vereinsregister. Vor allem wird aber wohl niemals der Wille des Verbandes bei der Schaffung jener Klausel dahin gegangen sein, die Vertretungsmacht des Vorstandes für den Fall auszuschließen, daß — der Tarifunwilligkeit des Verbandes ungeachtet — ein Schlichtungsverfahren eingeleitet wird um seine Tarifpflicht zu erzwingen. Warum sollte er sich die Möglichkeit verschließen wollen, durch die berufensten und sachkundigsten Personen auf eine günstige Gestaltung des Tarifvertrages durch den Nachweis der Billigkeit und Berechtigung seines Interessenstandpunktes hinzuwirken[142]? M. E. hat die Tarifunfähig-

138. Unter gleichzeitiger Beschränkung ihrer Vertretungsmacht Vgl. D.

139. d. h. als Ausschluß der Tarifberechtigung im Sinne Kaskels

140. A. A. Kaskel[3], S. 31, Fögen S. 81 u. Mikosch AR. 13 S. 53,

141. Die Arbeitgeberverbände sind meist als eingetragene Vereine organisiert.

142. Sollte ausnahmsweise der Parteiwille doch die Vertretungsmacht des Vorstandes ausschließen wollen, so hindert die mangelnde Vertretungs-

keitsklausel bei Anerkennung der gesetzlichen Tarifpflicht ihren Sinn gänzlich verloren und kann auch durch eine Konversion keine Bedeutung mehr erlangen.

Schluß.

So können wir das Ergebnis unserer Untersuchung dahin zusammenfassen: Die Tarifunfähigkeitsklausel der Satzung einiger Arbeitgeberverbände ist der Ausdruck ihrer Tarifunwilligkeit. Sie widerspricht der materiellen, in der Form einer Verfahrensregelung kodifizierten, gesetzlichen Tarifpflicht der Parteien des Arbeitskampfes und muß deshalb im Schlichtungsverfahren versagen, das der Durchsetzung der Tarifpflicht dient.

---

macht den Verfahrensablauf so wenig, wie das Nichterscheinen des Einzelarbeitgebers von den Schlichtungsbehörden. Vgl. oben III B 3.

Literatur-Verzeichnis.

Arbeitsrecht*

Abel: Gew.- u. Kaufmannsgericht, 26, 427.
Albinus: NZ. f. AR. 1921, S. 145.
Biensfeldt: Hanseatische Rechtszeitschrift, 1923, 233.
Bodesheim: Blätter f. Arbeitsrecht, 1925, Nr. 8.
Bodmann: Arbeitsrecht, 26, 378.
Buddeberg: Schlichtungswesen, 8, S. 180.
Christiansen: Deutsche Arbeitgeberzeitung, 22, Nr. 50.
Clauss: Schlichtungswesen, 8, S. 205.
Dannehl: Soziale Praxis, 29, S. 597. 7
Debus: Deutsche Arbeitsrechtskartothek, 12. Folge.
Dersch: Kommentar zur Schlichtungsverordnung.
— 2. Aufl. Die Rechtsprechung des RG. zum Arbeitsrecht 1926.
Erdel: Schlichtungswesen, 6, S. 146, 7. S. 2 und 229. 9, S. 161, Arbeitsrecht 27, 134, Jur. Wochenschr. 27, 238.
— Die Krise des Tarifgedankens.
Finke: Das Recht der Gewerkschaften auf tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen, Kölner Diss. 1926.
Flatow: Reichsarbeitsblatt 24, 250, 26. Nr. 29.
Flatow-Joachim: Schlichtungsverordnung.
Fögen. In Kaskel Hauptfragen, S. 71.
Frielinghaus: Schl. W. 22, S. 195.
Gerber: Gutachten über die Frage der gewollten Tarifunfähigkeit, Hamburg 1926.
Goeppert: NZ. f. AR. 25, 321.
Goldschmidt: Reichsarbeitsblatt 24, Nr. 26 u. 38. Sonderheft zum RAR. Bl. 27.
Groh: Archiv d. öffentl. Rechts, 24, 128, 27. 290.
Günther: Betriebsrätegesetz 1920.
Hardt: SchlW. 25, S. 204.

---

* Es bedeutet:
AR. = Arbeitsrecht (Jahrbuch) herausgegeben von Potthoff.
NZ. f. AR. = Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, herausgegeben von Dersch, Kaskel, Sitzler u. Syrup.
SchlW. = Das Schlichtungswesen, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse.

Höniger: NZ. f. AR. 27, 594.
Horbad: GdA. 25, S. 327.
Hübner: SchlW. 8, S. 196, Sächs. Ind. 26, 633.
Hueck: NZ. f. AR. 6, 640. JW. 27, 231.
Hueck- und Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts (Im Erscheinen).
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.
Joerges: SchlW. 6, 157, 7. 158, 8. 121. 9. 99.
Jolly: JW. 25, S. 2461.
Kandeler: Kaufmann in Wirtschaft und Recht, 26/49.
— NZ. f. AR. 27, 45.
— Die Stellung d. Berufsverbände im öffentl. Recht, 1927.
Kaskel: Das neue Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1922.
— Arbeitsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1925 u. 28.
— NZ. f. AR. 26, S. 1 ff.
— Hauptfragen des Tarifrechts, 1927.
— 38. Sonderheft des RAR. Bl. 27.
Kloss: AR. 13, 303.
Lange: SchlW. 7, 122.
Meißinger: RABl. NAT. 25, 200.
Metzler: SchlW. 9, 121.
Mikosch: AR. 13, 51.
Nipperdey: Beitr. zum Tarifrecht 1924.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, NZ. f. AR. 6, 1913; jetzt in Rechtsprehung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, 1926.
— JW. 27, 258.
Noerpel: Bei Kaskel Hauptfragen S. 67.
— SchlW. 25, 163.
Opitz: NZ. f. AR. 27, 217.
Oertmann: SchlW. 7, 97. RABl. 26, 42.
Pick: NZ. f. AR. 26, 469.
Potthoff: AR. 12, 699, SchlW. 7, 141 u. 8, S. 1.
Potthoff-Jadesohn: Die Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1914/25, 1927.
Priebe: SchlW. 7, 187 u. 201.
Raab: SchlW. 26, 124.
Richter: Arbeitgeber, 24, 272.
Rosenstock: Die philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts, JW. 22, S. 560.
— Vom Industrierecht, 1926.
Schoppen: SchlW. 7, 121.
Silberschmidt: SchlW. 7, 186.
Sitzler: Tarifvertragsrecht 1921.
— Die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten.

Sitzler u. Gassner: Die Schlichtungsverordnung 1923.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 27.
— JW. 26, 703.
Walder: NZ. f. AR. 23, 742.
Weigert: G. d. A. 25, 6.
Wölbing: DJZ. 1919, 299.
Geschäftsbericht der Vereinigung deutscher Arbeitgeberverbände E. V. 1923/24, 1925 erschienen.
— f. 1925/26, 1927 erschienen.
Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 1—6.
Entscheidungen des RG.: 107, 144; 111, 354; 112, 115; 113, 109; 114, 22 12; 115, 177; 117, 415.
ferner in JW. 27, 2363 u. 28, 104.
ferner in NZ. f. AR. 24, 306; 27, 706.
OLG. Frankfurt, NZ. f. AR. 27, 245.
OLG. Frankfurt Arbeits-Gericht 27, 193.
OLG. Berlin, Schl. W. 9, 98.
OLG. Berlin, NZ. f. AR. 4, 53 u. 5, 607.
OLG. Hamburg, NZ. f. AR. 3, 192.
LG. I Berlin, RABl. 26, 191.
LG. I Berlin, NZ. f. AR. 6, 756.
LG. III Berlin, NZ. f. AR. 5, 115.
Bescheid des preuß. Handelsministers, Schl. W. 23, 5.
Schlichtungsausschuß Dresden, SchlW. 25, 110.
Schlichterkammer in NZ. f. AR. 27, 778.

Literatur allgemeiner Art.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, 6. Aufl.
Berner: Bei Brauchitsch, die preuß. Verwaltungsgesetze, I. 23. Aufl.
Binding: Handbuch des Strafrechts I.
— Die Normen und ihre Uebertretung, 1. Aufl.
Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.
Goldschmidt, James: Der Prozeß als Rechtslage.
— Materielles Justizrecht, Festgabe f. Hübler.
J. u. W. Grimm-Heyne: Deutsches Wörterbuch, Bd. 8.
Heckel: Archiv des öffentl. Rechts, N. F. 7, 219.
Helfritz: Grundriß des Preuß. Kommunalrechtes 2. Aufl. 1927.
Kipp: Ueber Doppelwirkungen im Recht, Festschrift f. Martitz.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht.
Leipziger Zeitung 1919, 943 ff.
Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie 5. Aufl.

Rosenstock: Der ewige Prozeß des Rechtes gegen den Staat.
— Neubau der deutschen Rechtsgeschichte. (Die Arbeitsgemeinschaft 1919/20).
— Soziologie: Bd. 1, 1925.
Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl.
Stölzel, O.: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts.
Weinreich: Zwangsetatisierung, Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften IV.
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts.
Windscheid u. Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts 9. Aufl.
Zoepfl: Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V., 2. Aufl.

Lebenslauf.

Ich bin am 30. 1. 05 in Danzig als Sohn des Kaufmanns Georg Kronheim und seiner Ehefrau Sophie, geb. Mendel geboren. Dort besuchte ich das staatliche Gymnasium und bestand an ihm im Februar 1923 unter Befreiung vom Mündlichen die Reifeprüfung. Dann studierte ich von 1923—1927 an den Universitäten Hamburg, Freiburg und Berlin Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 2. April 1927 die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht mit dem Prädikat „gut" an beiden Tagen. Im August 1927 erwarb ich die durch den Friedensvertrag verlorene preußische Staatsangehörigkeit zurück und wurde am 1. September 1927 zum Gerichtsreferendar ernannt. Am 10. Mai 1928 legte ich in Breslau die mündliche Doktorprüfung ab.